



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

Eine Geologie des Strafrechts

Meyer, Frank

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-57344>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Meyer, Frank (2011). Eine Geologie des Strafrechts. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 123(1):1-46.

Eine Geologie des Strafrechts

Von Dr. **Frank Meyer**, LL.M. (Yale), Bonn

A. Einleitung

Die Geologie (griechisch „Erdlehre“) ist die Wissenschaft vom Aufbau und der Zusammensetzung der Erde einschließlich ihrer physikalischen Eigenschaften, ihrer Entwicklungsgeschichte sowie der endogenen und exogenen Prozesse, die sie formten und heute noch formen¹. Konkret befasst sie sich mit der Bestimmung der Gesteine, ihrer Zusammensetzung und Struktur sowie den räumlichen Zusammenhängen zwischen den Gesteinskörpern, um mit der Sammlung von Informationen zur Entschlüsselung der Bedingungen, unter denen sie entstanden sind, beizutragen. Analoge Fragestellungen existieren auch auf dem Gebiet des Strafrechts. Gleich der Struktur der Erde ist das Strafrecht kein homogener (Rechts-)Körper, sondern ein Gebilde aus einer Vielzahl von Tatbestandsformationen und Deliktsschichten, die nicht in einer juristischen Stunde Null in ihrer Gesamtheit und spezifischen Zusammenstellung ins Leben gesetzt wurden, sondern das Produkt einer facettenreichen, ideengeschichtlich bedingten und politisch wie historisch kontingenten Entwicklungsgeschichte sind. Strafrecht ist nicht statisch, sondern erneuert und erfindet sich wie die Erde infolge dynamischer exogener und endogener Wirkmächte fortlaufend selbst. Eine Ergründung der Geologie des Strafrechts erscheint daher gerade wegen ihrer stratifizierenden Kraft als vielversprechender Ansatz, um den Entwicklungsschichten und -perioden des Strafrechts auf die Spur zu kommen und den gegenwärtigen Entwicklungsstand und Legitimationsbedarf des Strafrechts besser zu erfassen². Gerade in Zeiten einer wuchernden Internationalisierung des Strafrechts sind Komplexitätsreduktion und das Bemühen um klare theoretische Differenzierung zwischen den aktuell existierenden Strafrechtsformationen geboten, um Klarheit über ihre Entstehungsgründe, Legitimationsgrundlage und Entwicklungspotentiale zu schaffen. Am Ende des Beitrags soll eine Geologie des Strafrechts stehen, die Aufschluss darüber gibt, ob die bisher angebotenen Kategorisierungen zutreffend sind oder aufgrund divergierender kriminalpolitischer oder rechtstheoretischer Erwägungen hinter einzelnen Strafrechtsformationen schärfere und ergänzende Kategoriebildungen notwendig werden.

¹ Eintrag „Geologie“ in Brockhaus Enzyklopädie Online; Quelle: Brockhaus – Die Enzyklopädie: in 30 Bänden. 21., neu bearbeitete Auflage. Leipzig, Mannheim: F.A. Brockhaus 2005–06.

² Die Idee zu einer Geologie des Strafrechts ist einem grundlegenden Beitrag von *J. H. H. Weiler* zur Entwicklung des Völkerrechts entlehnt: *The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy*, *ZaöRV* 64 (2004), S. 547–562.

B. Strafrechtsformationen

Traditioneller Sichtweise zufolge, die Strafrecht als Souveränitätsreservat und Bastion des Nationalstaats ansieht, existiert jenseits der nationalen Sphäre nur das Völkerstrafrecht, das ausschließlich völkerrechtliche Normen mit strafrechtlichem Charakter umfasst³. Das Bundesverfassungsgericht hat das Strafrecht in diesem Sinne sogar zu einem grundsätzlich integrationsfesten Bestandteil nationaler Verfassungsidentität erhoben⁴. Eine monolithische Trennung der Normsysteme entlang dieser Scheidelinie übersähe aber, dass die Rechtswirklichkeit ein weitaus vielschichtigeres Bild zeichnet und dabei Legitimationsfragen aufwirft, die unter dem vorherrschenden Formalismus und Schematismus nicht verarbeitet werden können. Einerseits zeitigt die Einbindung des offenen Staates in inter- und supranationale Gemeinschaften Rückwirkungen auf die Kriminalhoheit des Nationalstaats, die gestaltende bis transformierende Kraft haben können. Andererseits ist der Kontrast zum Völkerstrafrecht zu scharf, da sich im internationalen Bereich eine überraschend große Anzahl strafrechtlicher Normen in völkerrechtlichen Dokumenten finden, die mitunter sogar Eingang in das Völkergewohnheitsrecht gefunden haben, ohne bereits zu den *core crimes* zu zählen⁵. Ohnehin harren die Begründungen dafür, dass ein Verstoß gegen eine völkerrechtliche Fundamentalnorm eine unmittelbare strafrechtliche Verantwortung des Täters auslöst, im Völkerstrafrecht noch der rechtstheoretischen Fundierung, so dass eine Abgrenzung zusätzlich erschwert wird. Dies nährt den Verdacht, dass zwischen den Polen der nationalen Kriminalhoheit und des *ius puniendi* der internationalen Gemeinschaft als Basis des Völkerstrafrechts deutlich mehr Schichten mit womöglich feinen, aber gleichwohl theorie- und legitimationsrelevanten Unterschieden existieren, als gemeinhin angenommen wird. Um diese – noch als Hypothese formulierte – Vielschichtigkeit des Strafrechts und ihre Evolution ebenso wie die spezifischen Legitimationsprobleme, die jede Schicht aufwirft, zum Vorschein zu bringen, wird im Folgenden die Geologie als Prisma fruchtbar gemacht werden. Dem Prozess der Strafrechtsbildung folgend nimmt die Untersuchung ihren Ausgang bei der Entstehung eines öffentlichen Rechts zu Strafen, mit dem zugleich die zentrale Legitimationsfrage des Strafrechts angesprochen ist. Sie tastet sich sodann entlang der endogenen und exogenen Entwicklungsdynamiken im Strafrecht in die Gegenwart voran.

³ *Triffterer*, Dogmatische Untersuchung zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg, 1966, S. 25 f., 30 f.; *ders.*, in: *Eser/Lagodny* (Hrsg.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, 1992, S. 369, 371. Die *Draft Codes of Crimes Against Peace and Security of Mankind* der *International Law Commission* von 1991 und 1996 machen sich diese Unterscheidung konkludent zu Eigen.

⁴ BVerfGE 123, 267, 359 f.

⁵ Vgl. *M. Schmidt*, Externe Strafpflichten, 2002.

I. Der „öffentliche Strafanspruch“ als Nukleus

Die Kriminalhoheit des Staates steht heutzutage als Teilelement seiner Ordnungsfunktion und Friedenssicherungspflicht außer Frage⁶. Auch das Grundgesetz geht in Art. 74 Nr. 1 GG wie selbstverständlich von der Existenz einer solchen Befugnis aus⁷. Ein Recht zu Strafen wird in der Regel wie selbstverständlich als im souveränen Verfassungsstaat und dessen Gewaltmonopol verankert angesehen, worüber auch europaweit Einigkeit sowohl im staats- als auch strafrechtlichen Schrifttum bestehen dürfte⁸. Die schlichte staatspolitische Notwendigkeit der Verhängung von Strafe und ihre zivilisatorische Tradierung als eines der wichtigsten staatlichen Machtmittel beantworten aber ebenso wenig die Frage nach ihrer Rechtfertigung⁹ wie der Verfassungspositivismus. Die Existenz souveräner staatlicher Kriminalhoheit ist keine Selbstverständlichkeit. Es gelingt erst in der Frühneuzeit, einen sog. „öffentlichen Strafanspruch“ zu etablieren und Straftatbestände mit gemeinschaftsbezogenem allgemeinem Charakter (durch) zu setzen. Zuvor musste den Bürgern als Trägern gewaltbereiter Eigenmacht ihr Recht zur gewaltsamen Selbsthilfe und Bestrafung von Rechtsverletzern, insbesondere in Form der Fehde, in Jahrhunderte währendem, mühsamem Ringen abgetrotzt werden. Als Schlüsselmoment für die Auflösung dieser Konkurrenzsituation gelten das Einsetzen einer Friedensbewegung (sog. Gottes- und später Landfrieden), die Ausbildung eines öffentlichen Rechtsgangs sowie der Wandel der mittelalterlichen Verfassungsverhältnisse¹⁰. Die zerfaserten Machtstrukturen des Mittelalters, in der Herrschaft auf personenbezogenen Subordinationsbeziehungen zwischen den Menschen beruhte, verschwanden langsam zu Gunsten überpersonaler, territorialer Herrschaftsverbände. Im Zuge dieser Ordnungsverschiebung wurde das Recht zu Strafen aus seinem interpersonellen Kontext herausgelöst und ging als „veröffentlichte“ Straf Gewalt auf die erstarkenden Territorien und ihre Machthaber über¹¹.

⁶ Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1985, S. 142 – Wahrung von Frieden und Ordnung durch Strafe als Sanktion der Rechtsordnung; Lüderssen, Die Krise des staatlichen Strafanspruchs, 1989, S. 52 ff.; Wolfslast, Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, 1995, S. 94.

⁷ Sax, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Dritter Band, 2. Halbband, 1. Aufl. 1959, S. 909, 954.

⁸ Mitsilegas, EU Criminal Law, 2009, S. 321.

⁹ Feltes, Der staatliche Strafanspruch – Überlegungen zur Struktur, Begründung und Realisierung staatlichen Strafs, 1991, S. 20; Sax (Anm. 7), S. 909, 954.

¹⁰ Ausführlicher Schild, Folter, Pranger, Scheiterhaufen, 2010, S. 21 ff.; Wadle, in: Schlosser/Sprandel/Willoweit (Hrsg.), Herrschaftliches Strafen seit dem Hochmittelalter – Formen und Entwicklungsstufen, S. 9 ff.; Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte, Band 1: Bis 1250, 13. Aufl. 2008, S. 196 ff., 205 ff.

¹¹ Dieser Prozess ist Bestandteil eines großflächigeren Wandels von Souveränität. Die Genese territorialer Souveränität ist als Korrelat zur Umwandlung personaler Herrschaft in Herrschaft über einen Gebietsverband mit physisch relativ undurchdringlichen Grenzen zu begreifen, Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, S. 138. Dies war die entscheidende Wendung für die Entwicklung des peinlichen Strafrechts, Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2004, S. 358 ff.; Kroeschell (Anm. 9), S. 196 ff., 209 ff.

Mit diesem transformierenden Übergang des ursprünglich individuellen Rechts zu Strafen stellte sich freilich die Frage nach der Legitimationsgrundlage für diese Neuausrichtung, beschneidet sie doch die Rechtsstellung der einzelnen Bürger, vor allem der Verbrechensoffer, stark. Ihre neue Legitimationsgrundlage sollte das öffentliche Recht zu Strafen in einem Gesellschaftsvertrag finden, in dem das Recht zu Strafen mit variierenden konzeptuellen Begründungen und Ausgestaltungen als gesamtgesellschaftliches Instrument zur Sicherung geordneten und friedlichen Zusammenlebens integriert wird¹². In der europäischen Ideengeschichte wurde diese Kriminalhoheit – im Einklang mit den zeitgenössischen Lehren vom Gesellschaftsvertrag – zunächst auf den jeweiligen territorialen Souverän bezogen, der als weltliche Anstalt die Kräfte der einzelnen bündelte und eine überpersonale Herrschafts- und Rechtsordnung schuf, nach der ihm auch die Administration der öffentlichen Strafgewalt zufiel¹³. Nach der Loslösung vom Absolutismus musste lediglich der Träger der Souveränität zu Gunsten des „Volkes“ ausgetauscht werden¹⁴, ohne an der Grundkonzeption zu rütteln¹⁵. *De facto* agierten jedoch weiterhin die gewachsenen Nationalstaaten, in denen die Völker zumindest in Europa zunehmend integriert waren, und ihre Institutionen als Inhaber und Administrator der Kriminalhoheit. Die Völker als eigentliche Souveränitätsträger wurden machtlos gehalten und auf eine Rolle als Legitimationssubstrat der Staatsgewalt reduziert¹⁶. Der moderne Verfassungsstaat ist in diese Machtstellung hineingewachsen¹⁷. Die staatliche Kriminalhoheit wird als ebenso selbstverständlicher wie essentieller Bestandteil nationalstaatlicher Machtvollkommenheit eingestuft¹⁸.

Anstelle der inneren Verbindung von Kriminalhoheit und autonomer Selbstbestimmung wurde ein – insoweit historisch durchlaufender – Legitimationszusammenhang von (territorialstaatlicher) Souveränität und Kriminalhoheit hergestellt und weiterhin als Selbstverständlichkeit behandelt. Der moderne Verfassungsstaat hält die Staatsaufgaben Sicherheit und Sicherung der Funktions- und Bestandsfähigkeit der Gesellschaft für selbstverständlich und begreift sie als klassischen Legitimationsgrund seiner souveränen Herrschaftsausübung¹⁹.

¹² Vgl. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1994; Engländer, Jura 2002, 381 ff.

¹³ Zur staatspolitischen Rechtfertigung der Strafe als Rechtsinstitut Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, S. 64; Hobbes, Vom Bürger (Ausgabe Hamburg 1959), 3. Kap. Absatz 11; 13. Kap. Absatz 16; Leviathan (Ausgabe London 1986, Nachdruck der Ausgabe von 1651), Chap. 27, S. 335 ff.

¹⁴ „Der Fürst überlebt die Aufklärung nicht, doch die Souveränität, die sich mit ihm verbindet, überlebt und wird an das Volk weitergereicht“, Haltern, Was bedeutet Souveränität?, 2007, S. 84.

¹⁵ Oeter, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 73, 87 ff.

¹⁶ Schliesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, S. 729; zur Ideengeschichte der Volkssouveränität und ihrer Demokratisierung, Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rdn. 34 ff.

¹⁷ Der Nationalstaat und der Verfassungsstaat sind aufgrund der geschichtlichen Entwicklung im 18. und 19. Jahrhundert eine Symbiose eingegangen, Schliesky (Anm. 16), S. 483.

¹⁸ Lüderssen, GA 2003, 71, 74 f.

¹⁹ Kotzur, Europarecht 2009, Beiheft 3, S. 7; C. Calliess, DVBl 2003, 1096; Isensee, JZ 1999, 265, 271.

Mit dieser Fokussierung auf das scheinbar untrennbare Kumulat von Souveränität, Gewaltmonopol und Kriminalhoheit ging jedoch ein zentraler Ertrag der Aufklärung für die spätere Entwicklung des Strafrechts verloren: Das Individuum als archimedischer Punkt der Legitimationsableitung wurde durch den staatsrechtlichen Positivismus invisibilisiert²⁰. Der Gedanke der Selbstbestimmung schlägt sich nur im Parlamentsvorbehalt unter dem Gesichtspunkt der Strafgesetzlichkeit nieder.

II. Staatliches Ordnungsstrafrecht

Die primordiale Strafrechtsschicht, die aus dieser Quelle gespeist wird, ist mithin das staatliche Ordnungsstrafrecht. Die Strafrechtspflege dient als Bestandteil der staatlichen Ordnungsfunktion zur Durchsetzung des Ordnungsrahmens, den der Staat für das menschliche Zusammenleben geschaffen hat²¹. Als unentbehrlicher Bestandteil der Rechtsordnung schützt es die zentralen Werte der Gemeinschaft in ihrem täglichen Zusammenleben, denn so sehr der moderne Sozialstaat in eine planende, lenkende und leistende Rolle hineingewachsen ist, so sehr bleibt doch der Schutz des Zusammenlebens der Menschen in der Gemeinschaft eine seiner Hauptaufgaben²². Nach allgemeiner Anschauung lässt sich diese nur dann erfüllen, wenn sichergestellt ist, dass Straftäter im Rahmen der Gesetze abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden²³. Auch das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt hervorgehoben, dass die Sicherung des Rechtsfriedens in Gestalt der Strafrechtspflege seit jeher eine zentrale Aufgabe staatlicher Gewalt ist²⁴. Die Ordnungsfunktion des Strafrechts ist also als Teilelement der staatlichen Aufgabe zu sehen, das Zusammenleben der Menschen auf engem Raum und bei beschränkten Mitteln zu gewährleisten²⁵. Strafrecht dient als Mittel, die Respektierung des staatlichen Ordnungsrahmens durchzusetzen.

Der konkrete Umfang, die funktionale Ausrichtung und die Legitimationsbasis dieses Ordnungsstrafrechts sind jedoch abhängig vom jeweiligen Staatsverständnis und dem politisch-ideengeschichtlichen Entwicklungszustand einer Gesellschaft²⁶. In dieser Hinsicht hat das Strafrecht gerade in Europa grundsätzliche

²⁰ *Dubber*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, S. 1287 f., 1289.

²¹ *Zipf*, *Kriminalpolitik*, 2. Aufl. 1980, S. 39; *R.-P. Calliess*, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974, S. 94, 198, 202 ff.; *Mir Puig*, *ZStW* 95 (1983), S. 413 ff.; *Maiwald*, *Festschrift für Maurach*, 1972, S. 9, 23.

²² *Jescheck/Weigend* (Anm. 13), S. 11.

²³ BVerfGE 51, 324, 343 f.; 74, 358, 371; es gehört zu den elementaren Aufgaben des Staates, eine Rechtsordnung zu schaffen und durchzusetzen, weil ohne sie menschliches Zusammenleben nicht möglich wäre, *Jescheck/Weigend* (Anm. 13), S. 11.

²⁴ BVerfGE 123, 267, 408.

²⁵ Zum Verhältnis von Polizei, Recht und Strafrecht *Dubber*, *Festschrift für Lüderssen*, 2002, S. 179 ff.; ferner zur staatspolitischen Rechtfertigung, *Jescheck/Weigend* (Anm. 13), S. 64.

²⁶ Diese Bedingungen beeinflussen auch die Gerichtsverfassung und die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen. Innerhalb des Nationalstaates kann es je nach politischer Struktur,

Wandlungen durchlebt²⁷. Die Evolution dieser Schicht vollzog sich insoweit weder geradlinig noch einheitlich. Dennoch lassen sich heute innerhalb dieser Basisschicht zwei hervorstechende Strafrechts(gesteins)arten ausmachen, deren Bildung von divergierenden Entstehungsbedingungen bestimmt scheint.

1. (*Transkulturelles?*) Kernstrafrecht

Zunächst ist eine Art Kernstrafrecht auszumachen, das auf unerträgliche Rechtsbrüche reagiert, die Anforderungen des Gemeinschaftslebens in besonderem Maße verletzen und deshalb besonders missbilligenswert erscheinen²⁸. Es sanktioniert Normbrüche, die besonders bedeutsame Güter betreffen und gleichzeitig als personales Element eine qualifizierte Fehlentscheidung gegenüber den Anforderungen dieser Güter enthalten²⁹. Die Konkretisierung dieses engen Bereichs eines Strafrechts, das materiell ausschließlich elementare Regeln und Freiheitssphären menschlichen Zusammenlebens schützt, wird – in kriminalisierungsbegrenzender Absicht – regelmäßig mit der Suche nach einem materiellen Verbrechensbegriff verbunden³⁰. Kriminalstrafen dürften nur bei schuldhaften Verletzungen bedeutender Rechtsgüter und elementarer Regeln des zwischenmenschlichen Zusammenlebens eingesetzt werden dürfen³¹, d. h. wenn Verfehlungen in besonderem Maße missbilligenswert und missbilligungsbedürftig sind³². Konkret herrscht jedoch eine oftmals unversöhnliche Konkurrenz der Kriminalisierungstheorien, die sich quer durch die Rechtsfamilien und nationalen Rechtssysteme zieht³³. Von

insbesondere Föderalismus oder Zentralstaat, ein Nebeneinander von Strafrecht der Regionen, Länder oder Gliedstaaten und Bundesrecht geben.

²⁷ Vertiefend Zabel, ZStW 120 (2008), S. 68 ff. Ausführlich und höchst instruktiv für die Epoche vom frühen 18. Jahrhundert bis Mitte des 19. Jahrhunderts auch Reulecke, Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts, 2007.

²⁸ Jescheck/Weigend (Anm. 13), S. 50; Müller-Dietz, Strafe und Staat, 1973, S. 33; BGHSt. 4, 24, 32 – Was nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zweifellos kriminell strafwürdiges Unrecht ist; Ormerod, Smith & Hogan Criminal Law, 11. Aufl. 2005, S. 12 – *most outrageous moral wrongs*.

²⁹ BVerfGE 27, 18, 29 – Schutz elementarer Werte des Gemeinschaftslebens; Müller-Dietz (Anm. 28), S. 33 – Grundwerte oder Schutzgüter, die für den Bestand der Gemeinschaft von elementarer Bedeutung, vielleicht sogar unerlässlich sind; Appel, Verfassung und Strafe, 1998, S. 421.

³⁰ In der Sache ist damit die Restriktion des Anwendungsbereichs von Strafrecht auf einen Kernbereich von qualifiziert Rechtsgüter beeinträchtigendem Verhalten intendiert. Ein konziser Durchgang der (wesentlichen) konkurrierenden Prüfungsprogramme findet sich bei Müller-Dietz (Anm. 28).

³¹ Roxin, JuS 1966, 377, 382. Für Roxin schließt dies den (subsidiären) Schutz der staatlichen Leistungszwecke mit ein, S. 385; der starke Rechtsgutsbezug dieser Strafdefinition schwächt diesen Ansatz infolge der inhärenten Unbestimmtheit des Rechtsgutsbegriffs jedoch folgenswer, zutreffend Appel (Anm. 29), S. 420 ff.

³² Frisch, Festschrift für Stree/Wessels, 1993, S. 69, 86; vgl. auch Kindhäuser, GA 1989, 493, 503.

³³ Vgl. zu Rechtsgutstheorie, *harm principle* sowie alternativen und ergänzenden Ansätzen eingehend v. Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), *Mediating Principles*, 2006; Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel*, 2003; Hefendehl, GA 2007, 1 ff.; Feinberg, *Harm to Others*, 1984; *Offense to Others*, 1985; *Harm to Self*, 1986; *Harmless Wrongdoing*, 1988; Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 5. Aufl. 2006, S. 30 ff.

einem hinreichenden theoretischen Konsens, der klare Zuordnungen ermöglichte, ist die Jurisprudenz trotz der erzielten Erkenntnisfortschritte weit entfernt³⁴.

Allenfalls empirisch gewinnt ein materieller Verbrechensbegriff durch rechtsvergleichende und rechtshistorische Studien Konturen. Laut *Höffe* finden sich in so gut wie allen Kulturen die heute bekannten Deliktssklassen wie Tötungs- und Eigentumsdelikte, Ehrdelikte, Sexualdelikte, Brandstiftung, Maß- und Gewichtsfälschung³⁵. Auch *Kühl* nimmt an, dass es kulturübergreifend eine ungefähre Vorstellung vom Bereich des Strafbaren und einen Kernbereich von Taten gibt, die an allen Orten und zu allen Zeiten als Straftaten gelten³⁶. Daneben mag es national einen kleinen Kreis von rechtskulturell oder verfassungsrechtlich als evident strafwürdig anerkannter Handlungen geben, doch ist einem derart absoluten Rückgriff auf spezifische nationale Strafrechtskulturen zum einen mit Vorsicht zu begegnen und zum anderen eine Kriminalisierung nur äußerst selten verfassungsrechtlich zwingend geboten³⁷.

Jenseits dieses katalogisierbaren engen Kerns eines quasi naturrechtlich geltenden bzw. zwingenden Strafrechts finden sich jedoch kaum verallgemeinerbare Kriterien, die notwendige und unzulässige Bestandteile staatlichen Ordnungsstrafrechts exakt identifizieren helfen. Ungeachtet dessen wie man im Einzelnen einen materiellen Verbrechensbegriff zu begründen sucht, dominiert in der Rechtswirklichkeit die Prärogative der Legislative. Auch der Grundgedanke, dass Kriminalstrafe als schärfste staatliche Sanktion nur dann zur Anwendung gelangen soll, wenn es zur Sicherung des Zusammenlebens der Menschen in der Gemeinschaft unerlässlich ist³⁸, hilft in dieser Hinsicht nicht weiter, denn mit dieser Maßgabe könnten auf der Grundlage staatlicher Kriminalhoheit alle Verstöße gegen Verhaltensnormen strafrechtlich sanktioniert werden, deren Beachtung für die jeweilige Gesellschaft durch die hierzu konstitutionell autorisierte Instanz als unerlässlich angesehen werden, weil das friedliche Zusammenleben in einer Rechtsgemeinschaft sonst nicht zu gewährleisten wäre³⁹. Diese Sichtweise erklärt den voluminösen Bestand an Straftatbeständen, der den grob skizzierten Kernbestand überschießt und sich inhaltlich als ein national spezifiziertes Interventions- und Normerziehungsstrafrecht klassifizieren lässt.

2. Interventions- und Normerziehungsstrafrecht

Die zweite charakteristische Strafrechts(gesteins)art innerhalb der nationalen Schicht ist als Interventions- und Normerziehungsstrafrecht besonders intensiv

³⁴ *Androulakis*, ZStW 108 (1996), S. 300.

³⁵ *Höffe*, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?, 1999, S. 67.

³⁶ *Kühl*, in: *ders.*, Freiheitliche Rechtsphilosophie, 2008, S. 375, 379.

³⁷ Zu diesem Problemkreis *Vogel*, GA 2010, 1, 2 ff.; sowie BVerfGE 27, 18, 29; 39, 1 ff.; 88, 203, 258 ff.

³⁸ *Jescheck/Weigend* (Anm. 13), S. 51; *Lord Devlin*, The Enforcement of Morals, 1965, S. 1 – *public morality as an essential part of the bond that keeps society together*; ähnlich *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 3. Abschn. Rdn. 1 – Normen, die die Identität einer Gesellschaft, eines Staates oder eines Menschen (mit)definieren.

³⁹ *Appel* (Anm. 29), S. 449.

durch seinen direkten Zusammenhang mit Arrangements der Verbrechenskontrolle und dem Wesen der zeitlich vorherrschenden politischen Organisationen, gesellschaftlichen Strukturen und Präferenzen geprägt⁴⁰. Das Verstehen dieser Normen erfordert daher vor allem, ihre historische Entwicklung und zeitgenössische soziale Signifikanz zu erfassen⁴¹, so dass in diesem Bereich durchaus von einem gesellschaftlichen Definierungsprozess von Straftaten jenseits jeder Metaphysik gesprochen werden kann, der sich allein aus der gesellschaftlichen Relevanz bestimmter Probleme zu bestimmten Zeiten erklärt⁴². In durchaus eigenständiger Ausprägung wird der Bestand des Kernstrafrechts hierdurch um eine Heerschar weiterer Delikte ergänzt⁴³, die in historisch-kontingenter Weise verknüpft mit den spezifischen Lebensverhältnissen einer Gesellschaft und ihrem politischen System geschaffen wurden und fortlaufend werden⁴⁴. Das Regulierungs- oder Interventionsbedürfnis kann großflächig durch grundsätzliche kriminalpolitische Richtungsentscheidungen darüber ausgelöst werden, welche Handlungsweisen kategorial von berechtigtem Belang für die Gemeinschaft sind⁴⁵. Als Ausprägung dieses Systems finden sich bisweilen typische nationale Normen, die den Staat, seine innere (wirtschaftliche und politische) Ordnung und Einrichtungen schützen oder signifikanten Grundeinstellungen der Gesellschaft Rechnung tragen⁴⁶ und durchaus als Beleg der sog. „Widerspiegelungstheorie“ in der Rechtsvergleichung und -soziologie gedeutet werden können⁴⁷. Nach dieser sind Rechtsordnungen einzigartige Produkte des historisch-empirisch relativen Einflusses exogener und endogener Faktoren wie Klima, geographische Lage, Kultur, politisches und wirtschaftliches System⁴⁸. Blickt man auf

⁴⁰ Zur geschichtlichen Bedingtheit des Strafrechts, *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 17 ff.; *Garland*, The Culture of Control, 2001, S. 27 ff. – zu den sozialen Kräften in den USA und Großbritannien; ferner *Norrie*, Crime, Reason and History, 2001.

⁴¹ *Lacey/Wells/Quick*, Reconstructing Criminal Law, 3. Aufl. 2003, S. 5.

⁴² *Lacey/Wells/Quick* (Anm. 41), S. 12 – zur Abgrenzung bleibe letztlich nur das positive Kriterium der Kriminalisierung eines Verhaltens durch den intervenierenden Staat; ferner *Farmer*, Social and Legal Studies 1996, S. 57, 66 f.

⁴³ England und Wales kennen über 8000 Straftatbestände. Davon wurden mehr als 3000 neue *offences* in der Zeit nach 1997 geschaffen, *Ormerod* (Anm. 28), S. 12.

⁴⁴ Zum gesellschaftlichen Wandel als formender Kraft und Herausforderung des Strafrechts, *Frisch*, Festschrift für Jung, 2007, S. 189 ff.

⁴⁵ *Duff*, Answering for Crime, 2007, S. 123 – als *public wrongdoing* müsse ein Verhalten *properly concern all members of the polity*.

⁴⁶ *Ossenbühl* spricht vom „Humus“, auf dem sich das Recht bildet, HStR V, 3. Aufl. 2007, § 100 Rdn. 1.

⁴⁷ Erster Vertreter dieser sog. „Widerspiegelungstheorie“ war *Montesquieu*, L'Esprit des Lois, in: *Caillois* (Hrsg.), Montesquieu: Oeuvres Complètes, Tome 2, 1951, Liv. XIX, Liv. I, Chap. 3. Vor allem die nationale Identität habe stark prägende Wirkung. Für ihn wäre es ein großer Zufall (*un grand hasard*) gewesen, wenn die politischen und bürgerlichen Gesetze einer Nation auch für eine andere Nation passten; mit Beispielen zur Kulturabhängigkeit des Besonderen Teils *Vogel*, GA 2010, 1, 5 ff.

⁴⁸ *Rehm*, RabelsZ 72 (2008), S. 1, 12, 23 ff., 28; *Legrand*, Maastricht Journal of European Comparative Law 4 (1997), S. 111, 115 ff. – Recht könne nur im Lichte seiner Beziehung zur nationalen Kultur verstanden werden. Strafrecht gilt dabei als besonders kulturgebunden, *Rüter*, ZStW 105 (1993), S. 31, 32; ähnlich *Schubarth*, ZStW 110 (1998), S. 827, 847 – gerade

Deutschland, so findet man in der Strafbarkeit der Leugnung des Holocaust in § 130 Abs. 3 StGB als elementarem Baustein des Selbstverständnisses der Bundesrepublik Deutschland⁴⁹ oder dem – im internationalen Vergleich – besonders starken Schutz der persönlichen Ehre innerhalb des gesellschaftlichen Verkehrs⁵⁰ markante Beispiele für die Verwurzelung des Strafrechts in zeitgenössischen sozialetischen Wertvorstellungen einer Rechtsgemeinschaft. Mitunter sind diese Normen auch rein symbolischer Natur und dienen allein der rechtsethischen Selbstvergewisserung⁵¹, wobei der Staat als Sozialisierungseinheit agiert, die einen authentischen rechtlichen Rahmen des Zusammenlebens verbürgen soll⁵².

Derartige Gesetzgebungssemantik ist nicht auf den Bereich kohärenter Widerspiegelung gesellschaftlicher Grundanschauungen beschränkt. Sie tritt auch bei temporär bedingten und sektorspezifischen Anliegen auf den Plan⁵³, ohne in diesen Bereichen aber notwendig nur symbolisch zu sein. Die Skandalisierung bestimmter Verhaltensweisen, z. B. Kinderpornographie, Stalking, schadensträchtige Formen wirtschaftlicher Tätigkeit oder trendhafte Entwicklungen wie die Ausbreitung von Computerkriminalität und internationalem Terrorismus ist eine schier unerschöpfliche Quelle einer Kaskade anlassbedingter, dem Trend folgender Rechtsetzungsunternehmungen, die sich durchaus der effektiven Verbrechensbekämpfung verschrieben haben können.

Als funktionale Eigenart dieser Normen sticht übergreifend ihr regulativ-instrumenteller Charakter hervor. Der Pönalisierungsgrund liegt allenfalls noch rhetorisch im Schutz der elementarsten Grundwerte einer Gemeinschaft. Vielmehr basiert er auf ihrer gesellschaftlichen Nützlichkeit zur Durchsetzung und Geltungsbewährung von Verhaltensnormen zum Schutz von Ökonomie, Öko-

im Strafrecht sei die eigene historische und geistesgeschichtliche Erfahrung des jeweiligen Landes besonders stark zu berücksichtigen.

⁴⁹ Vgl. BGHSt. 46, 212 ff. zum Fall *Töben*; Dass jetzt auch ein EU-Rahmenbeschluss zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, ABl. 2008 Nr. L 328, 55, die Leugnung des Holocaust EU-weit kriminalisieren will, entkräftet die These nicht, sondern veranschaulicht den Gedanken der Migration von Rechtsideen innerhalb zusammenwachsender Rechtsräume.

⁵⁰ Siehe rechtsvergleichend *Whitman*, 113 Yale Law Journal 1151 (2004); *Tellenbach* (Hrsg.), Die Rolle der Ehre im Strafrecht, 2008; zur Bedeutung des Ehrenkults für das Genugtungsbedürfnis bei Integritätsdelikten auch *Günther*, Festschrift für Lüderssen, S. 205, 208 f.; zum Auseinanderfallen des Ehrbegriffs der §§ 185 ff. StGB und des Ehrverständnisses großer Bevölkerungsgruppen mit Migrationshintergrund *Hilgendorf*, JZ 2009, 139, 141 ff.

⁵¹ Obgleich der Vollzug eines Gesetzes aus verschiedensten Gründen ausgeschlossen sein kann und es daher die Wirklichkeit nicht zu steuern oder zu bestimmen vermag, kann es dennoch eine rechtliche Bewertung der unveränderlichen Wirklichkeit zum Ausdruck bringen und dem Rechtsbewusstsein Genugtung geben, *Ossenbühl*, HStR V, § 100 Rdn. 25; zum symbolischen Strafrecht *Hassemer*, Festschrift für Roxin, 2001, S. 1001, 1002 ff.

⁵² In diesem Sinn kann symbolische Gesetzgebung also durchaus sinnvoll und wirksam sein und durch Überzeugungsbildung Rechtssicherheit und Rechtsfrieden fördern, *Funcke-Auffermann*, Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention, 2007, S. 217. Sie dürfe nur nicht ausschließlich dem Moralisieren, der Selbststilisierung des Gesetzgebers oder als eigenständige Grundlage für Strafschärfungen dienen, S. 218.

⁵³ Bereichernd zu „Zeitgeist und Recht“ *Würtenberger*, 2. Aufl. 1991.

logie, Gesundheit oder anderen aktuellen politischen Anliegen⁵⁴. Dieser Wandel betrifft allerdings nicht allein das Strafrecht, sondern muss in den größeren Kontext eines Gezeitenwechsels in der Gesetzgebungslehre eingeordnet werden. Während im 19. Jahrhundert ein unpolitisches Gesetzesverständnis vorherrschte, ist das Gesetz in der Wirklichkeit des modernen Industrie- und experimentierenden Sozialstaats infolge stetiger Aufgabenerweiterung zu einem politischen Gestaltungsinstrument geworden⁵⁵. In Anbetracht dessen erscheint es auch nahezu unmöglich, eine abstrakte (materielle) Definition eines Verbrechens zu finden. Denn es handelt sich in diesem Bereich nicht mehr um eine Frage der intrinsischen Natur eines Fehlverhaltens, sondern der rechtlichen Qualifikation und der Einstufung ihrer Sozialschädlichkeit durch den Gesetzgeber⁵⁶. Als (demokratisch legitimer) Repräsentant des Souveräns ist dieser Sachwalter des sog. staatlichen Strafanspruchs und schafft in Ausübung dieser Verantwortung ein national spezifiziertes Interventions- und Normerziehungsstrafrecht.

3. *Legitimationsbasis*

Eine weitere – äußerst legitimationsrelevante – Besonderheit dieser Strafrechtsart scheint neben ihrem regulativ-instrumentellen Charakter im Unterschied zum Kernbereich mithin darin zu bestehen, dass die Legitimität dieser Normen nicht ihrem Inhalt, sondern ihrer Quelle entspringt. Dieser Eindruck täuscht jedoch. Die Tatbestände des staatlichen Ordnungsstrafrechts fußen nicht in alternativen Legitimationskonzepten. Sie sind durchweg auf die Kriminalhoheit der jeweiligen politischen Gemeinschaft zurückzuführen. Im Verfassungsstaat sind Straftatbestände Ergebnis demokratischer Selbstdefinition⁵⁷. Eine jenseits der Verfassung lozierte, rein strafrechtstheoretische – quasi naturrechtliche – Bestimmung der strafwürdigen Rechtsverstöße begegnet im modernen Verfassungsstaat durchschlagenden verfassungsrechtlichen Bedenken⁵⁸. Verbrechen erscheinen als solche weder ontologisch fixiert noch normativ abschließend vorpositiv determiniert. So sieht es im Übrigen auch das Bundesverfassungsgericht⁵⁹. Es sei eine grundlegende gesellschaftliche Entscheidung, in welchem Umfang und in welchen Bereichen ein politisches Gemeinwesen gerade das Mittel des Strafrechts als Instrument sozialer

⁵⁴ Ormerod (Anm. 28), S. 12 – *punishment on grounds of social expediency and not because of their immoral nature*; ähnlich Lacey/Wells/Quick (Anm. 41), S. 4; zur besonderen motivierenden Kraft des Strafrechts bei der Lenkung der gesellschaftlichen Entwicklung, Hart, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1994, S. 27; Stratenwerth, ZStW 105 (1993), S. 679, 687 f., 688 ff.

⁵⁵ Ossenbühl, HStR V, § 100 Rdn. 21.

⁵⁶ Ormerod (Anm. 28), S. 9, ferner S. 11 – *public condemnation alone is ineffective without the endorsement of an act of parliament*.

⁵⁷ In diesem Sinne auch Appel (Anm. 29), S. 452 – nicht geborene, sondern nur gekorene Straftaten; Gärditz, *Der Staat* 49 (2010), S. 331, 351 ff. Demokratische Rechtserzeugung und Strafbegründung werden so gekoppelt, a. a. O. S. 358.

⁵⁸ Dazu jetzt auch ausführlich Gärditz, *Der Staat* 49 (2010), S. 331 ff.; sowie demnächst F. Meyer, *Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen – Strukturen und Legitimationsvoraussetzungen strafrechtlicher Normbildungsprozesse in Mehrebenensystemen* (Erscheinen geplant für Ende 2011).

⁵⁹ Vgl. BVerfGE 123, 267, 408 f.

Kontrolle einsetzt. Eine Rechtsgemeinschaft gebe sich durch das Strafrecht einen in ihren Werten verankerten Verhaltenskodex, dessen Verletzung nach der geteilten Rechtsüberzeugung als so schwerwiegend und unerträglich für das Zusammenleben in der Gemeinschaft gewertet werde, dass sie Strafe erforderlich mache⁶⁰. Konstitutiv ist für diese Strafrechtstheorie des Bundesverfassungsgerichts, dass diese hoch abstrakten Rechtsbegriffe nicht materiell über eine strafrechtliche Grundrechtslehre oder die Bezugnahme auf strafrechtswissenschaftliche Konzepte wie die Rechtsgutstheorie ausgefüllt werden, sondern der Disposition des Gesetzgebers überlassen sind⁶¹. Gerade die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten, über den Rang von Rechtsgütern oder das Maß der Strafandrohung sei in besonderem Maße dem demokratischen Entscheidungsprozess überantwortet. Der Gesetzgeber übernehme mit seiner Entscheidung die demokratisch legitimierte Verantwortung für einen der intensivsten Eingriffe im modernen Verfassungsstaat⁶². Selbst für ein interkulturelles oder (präziser) transkulturelles Strafrecht im vorgenannten Sinn gilt nichts anderes. Es ist kein universelles Strafrecht einer kulturübergreifenden Weltgemeinschaft. Legitimationsbasis dieser kongruenten, quasi naturrechtlichen Normen bleibt das Recht zu Strafen innerhalb der jeweils separat verfassten nationalen Gemeinschaft. Der Umstand einer länderübergreifenden Kongruenz weiter Teile des Kernstrafrechts lässt deren Kriminalhoheit unberührt und transformiert auch nicht das Legitimationssubjekt dieser Strafnormen. Rechtlich ungebunden vermag allerdings auch der demokratische Gesetzgeber nicht zu agieren. Auch er bewegt sich innerhalb der verfassungsmäßigen Grundordnung, die ihrerseits materiell zur Legitimation beiträgt, und unterliegt deren Bindungen, die in rechtsstaatlichen Verfahren wie z. B. der Verfassungsbeschwerde durch die hierzu befugten Personen und Gruppen zu bewehren sind, wobei es aber bislang so gut wie nie zu einer Entkriminalisierung qua verfassungsgerichtlicher Intervention gekommen ist⁶³.

⁶⁰ BVerfGE 123, 267, 408; BVerfGE 25, 269, 286; 27, 18, 30.

⁶¹ Das Bundesverfassungsgericht hat die verfassungsrechtliche Relevanz der Rechtsgutstheorie zuletzt stark angezweifelt, BVerfGE 120, 224, 241 f.

⁶² BVerfGE 123, 267, 408.

⁶³ Beispiele hierfür sind selten. 2004 hatte das Bundesverfassungsgericht z. B. einen Straftatbestand (§ 143 StGB) zur Bekämpfung gefährlicher Hunde für verfassungswidrig erklärt, 1 BvR 1778/01. Ein Sinnbild der verfassungsgerichtlichen Selbstbeschränkung gegenüber dem demokratisch legitimierten Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers ist das Inzest-Urteil des BVerfG NJW 2008, 1137, mit scharf dissentierendem Sondervotum von Hassemer. Auch in anderen Ländern sind solche Eingriffe selten. So hat der *Supreme Court* der USA dem Gesetzgeber nur in einer Handvoll Verfahren verfassungsrechtliche Grenzen aufgezeigt, namentlich *Lambert v. California*, 355 U.S. 225 (1957) – materielles Strafrecht kann Verfassung über die *due process clause* des 14th Amendment verletzen; *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962) – Strafe muss an Handlung anknüpfen, nicht an Status; *Powell v. Texas*, 392 U.S. 514 (1968) – Abgrenzung zu Bestrafung wegen Status; *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972) – *vagrancy ordinance* verstieß gegen Bestimmtheitsgrundsatz, da Tatbestand willkürlicher Sanktionierung Tür und Tor öffnete; in *Skilling v. United States*, 130 S.Ct. 2896 – hielt der *Supreme Court* 18 U.S.C. § 1346, der Verhaltensweisen unter Strafe stellt, die einen anderen seines „*intangible right of honest services*“ berauben, zwar nicht für verfassungswidrig unbestimmt (*vague*), schränkte den Anwendungsbereich des Status jedoch massiv ein.

4. Entwicklungsfaktoren

a) Inhaltliche endogene und exogene Einflüsse

Die Schwierigkeiten bei der Ausarbeitung aussagekräftiger Kriminalisierungskonzepte setzen sich bei den (endogenen) rechtsgebietsspezifischen Begrenzungskriterien fort⁶⁴. Auch hier dominieren letztlich Abwägungsprozesse, deren Ausgang zwangsläufig und entscheidend vom äußeren Rechtsrahmen und verfassungsrechtlichen Bewertungsprärogativen beeinflusst ist. Allerdings verhält es sich dabei so, dass die Grundrechtsrelevanz des Strafrechts im Allgemeinen und die Wirkung von Kriminalstrafe im Besonderen unterschätzt bzw. gar nicht richtig verarbeitet wird⁶⁵. Hier müssen Defizite ebenso behoben werden wie bei der korrekten Bestimmung des maßgeblichen äußeren Rechtsrahmens, der sich nicht allein aus nationalem Verfassungsrecht zusammensetzt, sondern auch internationale und supranationale Rechtsnormen enthält, die innerstaatliche Geltung erlangt haben. Vor allem die Bedeutung der EMRK, aber auch der Grundfreiheiten der EU ist für das materielle Strafrecht noch unterreflektiert⁶⁶. Die Konventionsrechte setzen den Organen der Konventionsstaaten Ober- und Untergrenzen bei der Ausübung der eigenen Kriminalhoheit, die oftmals schärfer durchgreifen als nationale Grundrechte und Rechtsprinzipien. Bei der Kriminalisierung oder Entkriminalisierung bestimmter Verhaltensweisen dürfen keine Konventionsrechte und Grundfreiheiten verletzt werden. Insbesondere strafrechtlich bewehrte Verbote, die in Art. 8 (Schutz des Familien- und Privatlebens) oder 10 (Schutz der Presse- und Meinungsäußerungsfreiheit) EMRK eingreifen, müssen den Nachweis ihrer Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft führen können. So steht die EMRK einer Strafbarkeit von im gegenseitigen Einverständnis vollzogener homosexueller Handlungen zwischen Erwachsenen ebenso entgegen⁶⁷ wie einer Kriminalisierung von Meinungsäußerungen⁶⁸, soweit die Begrenzung nicht zum Schutz des Rufs und der Rechte Anderer sowie zur Aufrechterhaltung der Ordnung erforderlich ist, vgl. Art. 10 Abs. 2 EMRK oder mit der Äußerung gegen das Missbrauchsverbot des Art. 17 EMRK verstoßen wird⁶⁹. Auf diesem Prüfstand des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens in Art. 8 EMRK steht in einem vor dem EGMR anhängigen Verfahren gegenwärtig auch der Fall des einverständlichen Inzests unter erwachsenen Geschwistern⁷⁰. Ferner können ebenfalls andere völker- und europarechtlich gewährleistete Menschenrechtsstandards und Grundfreiheiten strafbarkeits-

⁶⁴ Vgl. *Appel* (Anm. 29), S. 344 ff., 381 ff., 543 ff.; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), S. 24 ff.; *Seher*, in: *v. Hirsch/Seelmann/Woblers* (Hrsg.) (Anm. 33), S. 70 ff.; *Woblers*, in: *v. Hirsch/Seelmann/Woblers* (Hrsg.) (Anm. 33), S. 54 ff.

⁶⁵ Ausführlicher *F. Meyer* (Anm. 58).

⁶⁶ *Weigend*, ZStW 116 (2004), S. 275, 278; erste nationale Ansätze bei *Diehm*, Die Menschenrechte der EMRK und ihr Einfluss auf das deutsche Strafgesetzbuch, 2006.

⁶⁷ EGMR EuGRZ 1983, 488, 491 – *Dudgeon*, Rdn. 60 ff.

⁶⁸ EGMR NJW 2001, 1995 – *Baskaya*; NJW 2004, 3691 – *Garaudy*.

⁶⁹ Dazu ausführlich *Hong*, ZaöRV 70 (2010), S. 73, 90 ff.

⁷⁰ BVerfG NJW 2008, 1137; dazu *Hörnle*, NJW 2008, 2085 ff.

begrenzende Wirkung haben⁷¹. Andererseits erwachsen aus der EMRK auch konkrete Schutzpflichten, welche die Mitgliedstaaten zu einer strafrechtlichen Reaktion auf bestimmte Verstöße gegen Menschenrechte wie Art. 2 EMRK (Recht auf Leben), Art. 3 EMRK (Folterverbot und Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung) und Art. 4 EMRK (Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit) verpflichten⁷².

Die zunehmend hohen Anforderungen an den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten erfordern insoweit unvermeidlich eine größere Strenge bei der Bewertung der Verletzungen von Grundwerten der demokratischen Gesellschaft und verpflichten die Konventionsstaaten entsprechend, ihr Strafrecht diesen gewachsenen Erfordernissen anzupassen. Ähnliches gilt auch für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union seit der Entscheidung „Griechischer Mais“ über die wechselseitige Loyalitätspflicht des Unionsrechts, wonach Verstöße gegen Unionsrecht mit wirksamen, abschreckenden und verhältnismäßigen Sanktionen unter sachlich und verfahrensrechtlich vergleichbaren Regeln geahndet werden wie nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen nationales Recht⁷³. Diese unionsrechtliche Verpflichtung zur Beachtung der Mindesttrias gem. Art. 4 Abs. 3 EUV (ex-Art. 10 EGV) macht strafrechtliche Sanktionen notwendig, soweit dies erforderlich ist, um die Einhaltung der Verträge zu gewährleisten⁷⁴.

Infolge der inneren Abhängigkeit dieser Schicht vom gesellschaftlichen Wandel und der Entwicklung des äußeren Rechtsrahmens gilt es ferner zu erkennen,

⁷¹ Ausdrückliche völkerrechtliche Bestrafungsverbote wie z.B. in Art. 31 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention, finden sich indessen nur selten. Der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhütung und Bekämpfung von Menschenhandel und zum Opferschutz sowie zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates (Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventing and combating trafficking in human beings, and protecting victims, repealing Framework Decision 2002/629/JHA), Doc. 8802/10, enthält nun aber einen innovativen Art. 7, der Opfer von Menschenhandel in den Mitgliedstaaten vor der Strafverfolgung wegen erzwungener Rechtsverletzungen wie der Nutzung falscher Identifikationspapiere oder Ausweise, Prostitution oder Verstößen gegen Einwanderungs- und aufenthaltsrechtliche Bestimmungen schützen soll; zur entkriminalisierenden Wirkung der Grundfreiheiten exemplarisch EuGH Rs. C-338/04 u. C-360-04, Slg. 2007 I-1891 – *Placanica, Palazzese u. Sorricchio*; Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-13031 – *Gambelli*; sowie *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 9 Rdn. 24 ff.

⁷² Vgl. EGMR NJW 2007, 41, 43, 44 ff. – *Siliadin*; Beschwerde Nr. 39272/98, Slg. 2003-XII Nr. 153 – *M. C. v. Bulgarien*, Rdn. 149 ff.; NJW 1985, 2075 – *X und Y v. Niederlande*; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, § 20 Rdn. 16, 36 f.

⁷³ EuGH Rs. C-68/88, Slg. 1989, I-2965, 2984 f., Rdn. 23 f. – *Kommission v. Griechenland*.

⁷⁴ Vgl. EuGH Slg. 1990, I-3365, 3372 – *Zwartveld u. a.*; Rs. C-77/97, Slg. 1999, I-431 – *Unilever*, Rdn. 36; Rs. C-186/98, Slg. 1999, I-4883 – *Nunes und De Matos*, Rdn. 13 f.; *Zuleeg*, in: *v. Bogdandy/Bast* (Hrsg.) (Anm. 15), S. 1045, 1066. Dieser Pflicht konnte der Nationalstaat zum einen durch Einbeziehung von Gemeinschaftsinteressen und -rechtsgütern in den Anwendungsbereich nationaler Tatbestände genügen. Zum anderen konnte die Verpflichtung zur Schaffung neuer Tatbestände zwingen, wenn eine schlichte Assimilierung durch die Justiz nicht möglich oder hinreichend war.

dass der Kriminalhoheit als Kehrseite auch eine „Produktbeobachtungspflicht“ innewohnt. Diese korreliert mit dem Vertrauen, das die Gemeinschaft in den Gesetzgeber investiert. Hieraus erwächst ein Erfordernis permanenter Überprüfung und Überarbeitung. Die Entrümpelung der Strafgesetzbücher darf kein einmaliger Vorgang in Zeiten großer konstitutioneller Umbrüche sein, sondern muss als eine Daueraufgabe des Gesetzgebers begriffen werden, da die von ihm in die Welt gesetzten Normen ansonsten bestenfalls nutzlos und sinnentleert in Kraft bleiben, schlimmstenfalls aber einen Vorwand für missbräuchliche Strafverfolgung liefern können. Selbst bei gewissenhafter Wahrnehmung dieser Aufgabe wird es allerdings unvermeidlich sein, dass in Epochen gesellschaftlichen Wandels Überhänge entstehen, die erst mit der Zeit abgebaut werden⁷⁵.

b) Internationale rechts- und gesellschaftspolitische Einflüsse

Ursache des Wachstums dieser „Gesteinsformation“ sind freilich nicht allein die innerstaatliche Politisierung der Strafrechtsetzung und die Stilisierung des Strafrechts als akzessorische Allzweckwaffe. Zu den wirkmächtigsten Trends und Anlässen, die Strafrechtsetzung in dieser Schicht auslösen, zählen auch exogene Faktoren wie die weltweiten, staatsübergreifenden technischen, wirtschaftlichen, ökologischen oder (sicherheits-)politischen Entwicklungen, die als Globalisierung verschlagwortet werden und in den vergangenen Dekaden eine massive Transformation der Lebenswirklichkeit bewirkt haben⁷⁶. Mit den tatsächlichen und rechtlichen Umwälzungen auf den Feldern Finanzen, Wirtschaft, Umwelt, Energie oder Technologie sind auch neue strafrechtliche Risiken erwachsen, die für den Nationalstaat allein nicht mehr beherrschbar sind⁷⁷. Die Herausforderungen durch die modernen Formen der Wirtschafts- und Internetkriminalität, der Organisierten Kriminalität, insbesondere in den Bereichen Drogen, Geldwäsche oder Menschenhandel, sowie die Bedrohung durch den internationalen Terrorismus, lassen sich nicht mehr bewältigen, ohne neue Wege der Kooperation zu beschreiten⁷⁸. Um die Öffnung der Schere zwischen Handlungsbedarf und Handlungsmacht durch diese exogenen Einflussfaktoren zu bewältigen, wurde das Strafrecht auf Betreiben der Staaten als Teilmaterie in eine Vielzahl internationaler Vereinbarungen und Initiativen einbezogen, aus der sich durch Sedimentierung eine Schicht internationalen Kooperationsstrafrechts über der nationalen abgelagert hat.

⁷⁵ Ormerod (Anm. 28), S. 10 – *a crime may remain a crime long after it has ceased to be a threat to the security and well-being of society*.

⁷⁶ Zu Begriff, Ursachen und Auswirkungen allgemein Zürn, Regieren jenseits des Nationalstaats, 1998, S. 64 ff.; von Bogdandy, ZaöRV 63 (2003), S. 853, 860 ff.; Hobe, AVR 37 (1999), S. 253 ff.

⁷⁷ Prägnant Sieber, ZStW 119 (2007), S. 1, 3 ff. – technische, wirtschaftliche und politische Veränderungen schaffen Gelegenheiten zur transnationalen Deliktsbegehung, insb. Durchlässigkeit der Staatsgrenzen, grenzüberschreitender Waren-, Daten- und Dienstleistungsverkehr und Internationalisierung der Märkte.

⁷⁸ Weigend, ZStW 105 (1993), S. 774 ff.; Heine, in: Eser/Hassemer/Burkhard (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 397, 400 ff.; Dammeyer, ZStW 117 (2005), S. 697 ff.; Sieber, ZStW 119 (2007), S. 1, 8 ff.

III. Internationales Kooperationsstrafrecht

Vor allem der innere Zirkel westlich-orientierter Wirtschaftsmächte reagiert konzentriert auf die hier knapp umrissenen neuen Kriminalitätsformen und -risiken, die nationale Grenzen transzendieren und ihre einzelnen Gemeinwesen übergreifend empfindlich treffen, indem sie ihre Bemühungen internationalisieren und die zwischenstaatliche Zusammenarbeit intensivieren⁷⁹. Dies kann unmittelbar im Wege von bi- und multilateralen völkerrechtlichen Verträgen oder vermittelt über internationale Organisationen geschehen. Im Zuge dieser Entwicklung wurden einer wachsenden Zahl internationaler Institutionen auch strafrechtliche Themenstellungen zugewiesen und ein gesteigerter Einsatz materiellen Strafrechts angestrebt, wo weit gehend deckungsgleiche nationale oder internationale Strafverfolgungsinteressen bestehen und koordiniertes zwischenstaatliches Vorgehen als notwendig oder jedenfalls zweckmäßig erachtet wird⁸⁰. Zur Wahrnehmung dieser Interessen wurde innerhalb internationaler Foren eine Fülle von Konventionen und anderen völkerrechtlichen Dokumenten mit strafrechtlichen Vorschriften zu einer großen Bandbreite von transnational wirkenden Verbrechensphänomenen verabschiedet⁸¹. Vom modernen Völkerrecht können also über die eher abstrakten materiellen Ober- und Untergrenzen hinaus auch konkrete unmittelbare Gestaltungsimpulse ausgehen.

1. Zusammensetzung der Schicht – Aufgegriffene Kriminalitätsphänomene

Die Kriminalitätsphänomene, die eine internationale Notwendigkeit gemeinsamen Vorgehens entstehen lassen, sind groß an Zahl und facettenreich an Gestalt⁸². Ein Katalysator dieser Form der Zusammenarbeit war die Bekämpfung von Drogenkriminalität und Korruption, die vor allem von den USA initiiert und auf verschiedenen Ebenen forciert wurde⁸³. Vergleichbare Aufmerksamkeit hat später auch die Geldwäsche als Bestandteil des Kampfes gegen Organisierte Kriminalität und zuletzt immer stärker der internationale Terrorismus erfahren⁸⁴. In diesen Sektoren haben sich komplexe Regelungsregime zum gemeinsamen Vor-

⁷⁹ Dazu ausführlich *Sheptycki*, *Issues in Transnational Policing*, 2000; *Andreas/Nadelmann*, *Policing the Globe*, 2006.

⁸⁰ *Kreß* verwendet für die international-arbeitsteilige Verwirklichung kongruenter staatlicher Strafverfolgungsinteressen gegenüber Verbrechen mit transnationalem Charakter den Begriff des transnationalen Strafrechts oder *transnational criminal law*, in: *Hankel* (Hrsg.), *Die Macht und das Recht*, 2008, S. 323, 332 f.; *ders.*, *International Criminal Law*, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Rdn. 6; vgl. ferner *Wilkitzki*, *ZStW* 99 (1987), S. 455, 457; *Andreas/Nadelmann* (Anm. 79), S. 1, 6, 13 ff.; *Sieber*, *ZStW* 119 (2007), S. 1, 3, 7; *Boister*, 14 *European Journal of International Law* (2003), S. 953, 967 f.

⁸¹ Vgl. *M. Schmidt*, *Externe Strafpflichten*, 2002; *Hecker* (Anm. 71), § 5 Rdn. 8 ff., 13 ff., 20 ff.; mit Blick auf EU, Europarat, UN und OECD *F. Meyer* (Anm. 58).

⁸² Vgl. *Bassiouni*, *International Criminal Law*, Band 1: *Crimes*, 2. Aufl. 1999, S. 32 f., 62 ff.

⁸³ *Kubicel*, *ZStW* 120 (2008), S. 429, 431 ff.; *Nagel*, *Entwicklung und Effektivität internationaler Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung*, 2007, S. 44 ff., 110 ff.; *Schünemann*, *GA* 2003, 299, 306 ff.

⁸⁴ *Pieth*, *ZStW* 109 (1997), S. 756 ff.; *Volz*, *Extraterritoriale Terrorismusbekämpfung*, 2007.

gehen entwickelt, die eine große Schar von Staaten, internationalen Organisationen, Instrumenten und Mechanismen integrieren⁸⁵. In der Regel gibt daher die Abkürzung der jeweiligen Organisation als Präfix zwar Auskunft über den Ursprung eines bestimmten Rechtsinstruments, unterschlägt aber die Polyzentrik des Vorgehens.

In anderen Kriminalitätsbereichen, wie z. B. der Umweltverschmutzung, ist demgegenüber eher ein loses Nebeneinander von Konventionen vorfindbar. Ob und welche Kriminalitätsphänomene aufgegriffen werden, hängt häufig auch mit der stark zugenommenen Bedeutung internationaler Organisationen und ihrer jeweiligen *raison d'être* zusammen⁸⁶. So greifen auch jüngere und regionale Organisationen bedarfsorientiert zum Strafrecht. Während im MERCOSUR vor einiger Zeit ein Abkommen gegen die Verbreitung von Kleinfeuerwaffen abgeschlossen wurde⁸⁷, treibt die EU schon seit geraumer Zeit den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften voran⁸⁸. Die organisationsspezifische Bedarfsorientierung illustriert auch das Vorgehen der OECD gegen Korruption, Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung. Trotz der Heterogenität der aufgegriffenen Kriminalitätsphänomene besteht aber ein einigendes Band, das in ihrer Funktionalität zu finden ist.

2. Funktionalität

Die Funktion der strafrechtlichen Vertragsbestandteile – in der Regel Kriminalisierungspflichten und Harmonisierungsvorgaben – reicht von der Beseitigung von Inseln der Straflosigkeit, insb. zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen in der globalen Wirtschaft⁸⁹, und der Bewältigung neuer Kriminalitätsformen über die Erzwingung eines Anschauungs- und Interessenwandels⁹⁰ bis hin zur Verbesserung der Rechtshilfe⁹¹. Mit dem internationalen Kooperationsstrafrecht lässt

⁸⁵ Zum Begriff des Regimes und der Regimetheorie grundlegend *Mayer/Rittberger/Zürn*, in: *Rittberger/Mayer* (Hrsg.), *Regime Theory and International Relations*, 1993, S. 391–430; sowie *Hasenclever/Mayer/Rittberger*, *Theories of International Regimes*, 1997.

⁸⁶ *Klein/Schmahl*, in: *Graf Vitzthum* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2010, 4. Abschn. Rdn. 1 f., 11.

⁸⁷ In Ergänzung zu multilateralen Abkommen auf UN- und OAS-Ebene schuf der MERCOSUR zur Bewältigung der hohen Rate an Gewaltkriminalität mit Schusswaffen und ihres Zusammenhangs mit Bandenkriminalität und Drogenhandel einen regionalen Kontrollmechanismus für die Registrierung der Käufer und Verkäufer von Schusswaffen und Munition, der von einer speziellen MERCOSUR Working Group begleitet wird, die auch die regionale Harmonisierung relevanter Normen fördern soll.

⁸⁸ Unentwegte Klagen über ungenügenden Schutz der finanziellen Interessen durch nationale Behörden, *Klip*, *ZStW* 117 (2005), S. 889, 891, veranlassten die Kommission, die Verlagerung der Strafverfolgung auf europäische Ebene zu betreiben.

⁸⁹ Die Harmonisierung wirtschaftsrechtlicher Normen folgt vor allem diesem Ziel, *Böse*, *Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1996, S. 70 ff.; *Pieth*, *ZStW* 109 (1997), S. 756, 757, 760.

⁹⁰ Zu den gesellschaftlichen Voraussetzungen für strafrechtliche Normerziehung *Kubiciel*, *ZStW* 120 (2008), S. 429, 442 ff.

⁹¹ Strafrechtsetzung kann hier zur wechselseitigen Vertrauensbildung – z. B. in Form von Strafrechtsharmonisierung als Grundlage für den Wegfall des Grundsatzes der beiderseitigen Strafbarkeit –, zur Sicherung stellvertretender Strafrechtspflege oder universeller Gerichtsbarkeit

sich insgesamt bedarfsorientiert ein standardisierendes Element zur Erleichterung der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit schaffen und grenzüberschreitend ein bestimmtes Pönalisierungsniveau gewährleisten, so dass sich strafrechtliche Vorschriften zunehmend als elementarer Bestandteil in einer großen Zahl sog. *crime control treaties* wieder finden⁹². Die strafrechtlichen Vertragsbestandteile bilden insoweit aber oft nur einen Teil eines Gesamtpaktes mit Rechtshilferegeln, Strafanwendungsrecht, grenzüberschreitender Gefahrenabwehr und allgemeiner politischer Zusammenarbeit im Präventionsbereich⁹³. Als sog. *prohibition regimes* schaffen diese Regelungskörper einen verlässlichen Rahmen für die internationale Zusammenarbeit, indem sie innerlich verbundene materielle Verbotsnormen und spezifische prozessuale Kooperationsmaßnahmen einführen⁹⁴.

3. *Legitimationsbasis*

Ungeachtet ihrer Bandbreite ist den Einzelementen des internationalen Kooperationsstrafrechts jedoch gemein, dass es stets nur um die zwischenstaatliche Koordinierung nationalstaatlicher Verfolgungsinteressen auf internationaler Ebene geht. Grundlage der Kriminalisierung bleiben die Kriminalhoheit des Nationalstaats und die jeweilige staatspolitische Rechtfertigung der Kriminalstrafe. Die beteiligten Staaten verabreden lediglich eine abgestimmte Ausübung ihrer Kriminalhoheit, um auf gewisse Herausforderungen besser reagieren zu können und Handlungsraum und Handlungsmöglichkeiten zur Deckung zu bringen. Standardmäßig erfolgt dieser Interessenabgleich innerhalb einer internationalen Organisation als Forum. Sein Ergebnis wird in der Regel in einem völkerrechtlichen Vertrag festgehalten, dessen Inhalte nach nationaler Ratifikation durch Parlamentsgesetz in ein nationales Strafgesetz transformiert werden müssen⁹⁵. Quelle der Rechtsverbindlichkeit der Vereinbarungen bleibt daher der Staatenkonsens im klassischen völkerrechtlichen Sinn. Charakteristisch für das internationale Kooperationsstrafrecht ist das Fehlen (rechtlicher, nicht machtpolitischer!) hierarchischer Elemente bei der Normgenese, womit die Möglichkeit Hierarchie ersetzender politischer Pression (Machtasymmetrie im Völkerrecht) durch besonders mächtige Akteure nicht geleugnet werden soll.

In jüngerer Zeit haben auf internationaler Ebene aber auch rechtlich hierarchische Steuerungsmodi Einzug gehalten. Die Zusammenarbeit hat sich in be-

und sogar zur Sicherung transnationaler wirtschafts- und sicherheitspolitischer Interessen dienen, vgl. dazu z. B. die anschaulichen Arbeiten im Sammelband *Delmas-Marty/Pieth/Sieber* (Hrsg.), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, 2008.

⁹² *Boister*, 14 *European Journal of International Law* (2003), S. 953, 975.

⁹³ *Boister*, 14 *European Journal of International Law* (2003), S. 953, 975.

⁹⁴ *Andreas/Nadelmann* (Anm. 79), S. 1, 6, 13 ff.; *Nadelmann*, *Cops Across Borders*, 1993, S. 482.

⁹⁵ Die Koordinierung und Schaffung von externen Strafpflichten kann im nationalen Strafrecht allerdings ganz unterschiedliche Auswirkungen zeitigen. Mitunter besteht gar kein Anpassungsbedarf, da Normen bereits existieren bzw. eine Haftungsausweitung sich schon im Wege der Auslegung erreichen lässt. Es können aber auch Ergänzungen einzelner Tatbestandselemente innerhalb solcher Normen oder gar die Schaffung ganzer Tatbestandsgruppen erforderlich werden.

stimmten Bereichen und Regionen so weit verstetigt und konsolidiert, dass an die Stelle der projektartigen, vereinzelt intergouvernementalen Kooperation neue Formen der Zusammenarbeit getreten sind, die institutionell und konzeptuell bereits deutlich von den einbezogenen Staaten emanzipiert sind.

IV. Gesteigerter, konzeptualisierter Intergouvernementalismus

Diese Schicht, die im weiteren Verlauf als gesteigerter, konzeptualisierter Intergouvernementalismus bezeichnet werden soll, zeichnet sich dadurch aus, dass der Einsatz von Strafrecht im Unterschied zum reinen zwischenstaatlichen Kooperationsstrafrecht in einen größeren institutionellen und vor allem normativen Handlungsrahmen eingebunden ist. Die Zusammenarbeit wird inhaltlich durch ein überwölbendes materielles Konzept angeleitet, das eine Verstetigung der Zusammenarbeit gestattet und einen überstaatlichen Fixpunkt für die Orientierung der Willensbildung der beteiligten Staaten bietet. Schlagende Beispiele hierfür sind die Einbindung der strafrechtlichen Zusammenarbeit in der früheren dritten Säule der EU in einen „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“. Aber auch strafrechtliche Rechtssetzungs- und -durchsetzungsmaßnahmen der Vereinten Nationen innerhalb ihres Systems der kollektiven Sicherheit zur Wahrung des Weltfriedens nach Kap. VII der VN-Charta müssen zu dieser Schicht gerechnet werden.

1. Zusammensetzung – Aufgegriffene Kriminalitätsphänomene

a) Die Dritte Säule der Europäischen Union

Obgleich schon der Maastrichter Vertrag das Strafrecht zum Politikfeld der EU gemacht hatte, verharnte dieser Ausschnitt des Primärrechts noch in den Strukturen des wenn auch verstetigten internationalen Kooperationsstrafrechts. Mit dem Amsterdamer Vertrag erfuhr die Zusammenarbeit im Innen- und Justizbereich in Art. 29–42 EUV dann jedoch nicht nur eine institutionelle und instrumentelle Aufwertung, sondern auch eine konzeptuelle Anreicherung. Die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit wurde in ein überwölbendes Gesamtkonzept vom „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ als Unionsziel eingebunden⁹⁶. Art. 2, 4. Spiegelstrich EUV definiert dieses Konzept als einen Raum, in dem in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität der freie Personenverkehr gewährleistet wird⁹⁷. Art. 29 EUV a. F.

⁹⁶ Zur Entstehungsgeschichte instruktiv *Monar*, in: v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.) (Anm. 15), S. 749 ff.; *Walker* (Hrsg.), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, 2004; *Weyembergh*, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004.

⁹⁷ Der Raum-Gedanke umspannt mithin diverse Politikbereiche von freiem Personenverkehr zu Asyl und Zoll bis zum Strafrecht, *Monar*, in: v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.) (Anm. 15), S. 749, 764 ff.

präzierte dieses Unionsziel für den Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit dahin gehend, dass die Union den Bürgern in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts durch das gemeinsame Vorgehen der Mitgliedstaaten ein hohes Maß an Sicherheit bieten sowie Rassismus und Fremdenfeindlichkeit verhüten und bekämpfen wollte. Dieses Ziel sollte durch Verhütung und Bekämpfung der – organisierten oder nichtorganisierten – Kriminalität, insbesondere des Terrorismus, des Menschenhandels und der Straftaten gegenüber Kindern, des illegalen Drogen- und Waffenhandels, der Bestechung und Bestechlichkeit sowie des Betrugs u. a. und soweit erforderlich im Wege einer Annäherung der Strafvorschriften der Mitgliedstaaten nach Art. 31 lit. e EUV a. F. erreicht werden, womit die Möglichkeit der Annahme von Maßnahmen zur Festlegung von Mindestvorschriften über Tatbestandsmerkmale und Strafen in diesen Kriminalitätsbereichen zur Verfolgung des Raumziels eröffnet war⁹⁸.

Die Mitgliedstaaten haben diesem Handlungsauftrag folgend intensive Normsetzungsaktivitäten in der sog. dritten Säule der EU entfaltet⁹⁹. Dabei hielt man sich keinesfalls mit der knappen Liste der Kriminalitätsbereiche in Art. 31 EUV auf¹⁰⁰, sondern dehnte den Aktionsradius auf Deliktsbereiche aus, die wegen der berührten Interessen, der Art der Begehungsweise oder der Schwierigkeit ihrer Verfolgung von Belang für den gesamten Unionsraum und nicht bloß einzelne Territorien darin waren¹⁰¹.

Thematisch widmete sich die EU den Bereichen der Umweltkriminalität¹⁰², des Drogenhandels¹⁰³, der Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro¹⁰⁴ und bezüglich unbarer Zahlungsmittel¹⁰⁵, des Betrugs und der Beste-

⁹⁸ Zum materiellen Anwendungsbereich *Jour-Schröder/Wasmeier*, in: v. d. Groeben/Schwarze (Hrsg.), 6. Aufl. 2003, EUV, Art. 31 Rdn. 58 ff.; *Hecker* (Anm. 71), § 11 Rdn. 2.

⁹⁹ *Vogel*, GA 2003, 314, 320 ff.; *Schünemann*, GA 2004, 193, 195 f.; zum Normwachstum vgl. auch *Jour-Schröder/Wasmeier* (Anm. 98), Vorbem. zu den Art. 29–42 EUV, Rdn. 74.

¹⁰⁰ Der Katalog ist nicht abschließend, *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007, § 11 Rdn. 149 – das Mittel der Strafrechtsangleichung stehe in der PJZ für alle Deliktsbereiche zur Verfügung, in denen die EU bereits eine gemeinsame Politik entwickelt hat oder die von grenzüberschreitender Dimension sind; ebenso *Böse*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 29 EUV Rdn. 4.

¹⁰¹ *Morgan/Faull*, Journal of European Criminal Law 2006, 17.

¹⁰² Rahmenbeschluss 2003/80/JI v. 27. 1. 2003, ABl. 2003 Nr. L 29 – schwere Umweltkriminalität; Rahmenbeschluss 2005/667/JI v. 12. 7. 2005 – Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe, ABl. Nr. L 255 v. 30. 9. 2005.

¹⁰³ Rahmenbeschluss 2004/757/JI v. 25. 10. 2004 – Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels, ABl. Nr. L 335 v. 11. 11. 2004, S. 8.

¹⁰⁴ Rahmenbeschluss 2000/383/JI v. 29. 5. 2000 – Verstärkung des Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro, ABl. Nr. L 140 v. 14. 6. 2000, S. 1; geändert durch Rahmenbeschluss 2001/888/JI v. 6. 12. 2001, ABl. Nr. L 329 v. 14. 12. 2001, S. 3.

¹⁰⁵ Rahmenbeschluss 2001/413/JI v. 28. 5. 2001 – Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln, ABl. Nr. L 149 v. 2. 6. 2001, S. 1; Rahmenbeschluss des Rates vom 26. 6. 2001 über Geldwäsche sowie Ermittlung, Einfrieren, Beschlagnahme und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten, ABl. 2001 Nr. L 182/1; Rahmenbeschluss 2003/577/JI des Rates vom 22. 7. 2003 über die Vollstreckung von

chung in und zu Lasten der EG¹⁰⁶, des Menschenhandels und der Schleuserkriminalität¹⁰⁷, der Geldwäsche¹⁰⁸, der Organisierten Kriminalität allgemein¹⁰⁹, des Terrorismus¹¹⁰, der Korruption¹¹¹, der Computerkriminalität¹¹², der Kinderpornographie¹¹³. 2008 gelang es den Mitgliedstaaten sogar, einen Rahmenbeschluss zur Bekämpfung des Rassismus und der Fremdenfeindlichkeit zu verabschieden¹¹⁴.

b) Vereinte Nationen

Im Rahmen der Vereinten Nationen hat der Sicherheitsrat mit SR-Resolution Nr. 1373 (2001) vom 28. September 2001 erstmals in seiner Geschichte gestützt auf Art. 39 i. V. m. 41 VN-Charta zur Abwendung einer Gefahr für den Weltfrieden gegenüber seinen Mitgliedstaaten verbindlich generell-abstrakte strafrechtliche Norminhalte geschaffen¹¹⁵. Mit diesem Schritt wurden die Bestimmungen des bereits geschlossenen, aber nur schleppend ratifizierten VN-Übereinkommens zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus per Resolution auf der Grundlage der Befugnisse des VII. Kapitels der VN-Charta im Außenverhältnis verbindlich gemacht. Mit dieser Resolution werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Finanzierung terroristischer Handlungen effektiv zu verhindern und zu bekämpfen. Im Bereich des Strafrechts wurde insbesondere beschlossen, dass alle Staaten die vorsätzliche Bereitstellung oder Sammlung von Geldern durch ihre Staatsangehörigen oder in ihrem Hoheitsgebiet mit der Absicht oder in Kenntnis

Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der EU, ABl. 2003 Nr. L 196/45.

¹⁰⁶ Rahmenbeschluss des Rates vom 28. 5. 2001 zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln, ABl. 2001 Nr. L 149/1.

¹⁰⁷ Rahmenbeschluss 2002/629/JI v. 19. 7. 2002, ABl. 2002 Nr. L 203 – Menschenhandel; Rahmenbeschluss 2002/946/JI v. 28. 11. 2002 – Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens für die Bekämpfung der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt, ABl. Nr. L 328 v. 5. 12. 2002, S. 1

¹⁰⁸ Rahmenbeschluss 2001/500/JI v. 26. 6. 2001 – Geldwäsche sowie Ermittlung, Einfrieren, Beschlagnahme und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten, ABl. Nr. L 182 v. 5. 7. 2001, S. 1.

¹⁰⁹ Rahmenbeschluss 2008/841/JI v. 24. 10. 2008 – Bekämpfung der organisierten Kriminalität, ABl. Nr. L 300, S. 42–45.

¹¹⁰ Rahmenbeschluss 2002/475/JI v. 13. 6. 2002 – internationaler Terrorismus, ABl. 2002 Nr. L 164; Rahmenbeschluss 2008/919/JI v. 28. 11. 2008, ABl. L 330/21.

¹¹¹ Rahmenbeschluss 2003/568/JI v. 22. 7. 2003 – Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor, ABl. Nr. L 192 v. 31. 7. 2003, S. 54.

¹¹² Rahmenbeschluss 2005/222/JI v. 24. 2. 2005 – Angriffe auf Informationssysteme, ABl. 2005 Nr. L 69.

¹¹³ Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie v. 22. 12. 2003, ABl. 2004 L 13/44.

¹¹⁴ Rahmenbeschluss zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit vom 28. 11. 2008, ABl. 2008 L 328 v. 6. 12. 2008, S. 55.

¹¹⁵ Hierzu ausführlicher *Aston*, Sekundärgesetzgebung internationaler Organisationen, 2005, S. 222; *Happold*, *Leiden Journal of International Law* 16 (2003), S. 593 ff.; *Rosand*, *American Journal of International Law* 97 (2003), S. 333 ff.; *Fremuth/Griebel*, *Nordic Journal of International Law* 76 (2007), S. 339, 343 ff.

dessen, dass diese Gelder zur Ausführung terroristischer Handlungen verwendet werden, unter Strafe zu stellen haben¹¹⁶.

Wenige Jahre später ging der Sicherheitsrat noch einen Schritt weiter. Mit der Resolution 1540 (2004) vom 28. April 2004 zur Verbreitung von Massenvernichtungswaffen baute der Sicherheitsrat nicht auf bereits getroffenen internationalen Abkommen auf, sondern nahm Lücken in den bestehenden völkervertraglichen Regelungen zum Anlass, Mängel durch Schaffung neuer Rechtspflichten zu beheben¹¹⁷. Bekräftigend, dass die Verbreitung nuklearer, chemischer und biologischer Waffen und ihrer Trägersysteme eine Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit ist, verpflichtete der Sicherheitsrat die Mitgliedstaaten u. a., innerstaatliche Kontrollen zur Verhütung der Verbreitung solcher Waffen und ihrer Trägersystemen einzurichten, u. a. durch geeignete und wirksame einzelstaatliche Export- und Umschlagskontrollen und Endverwenderkontrollen, und angemessene straf- oder zivilrechtliche Sanktionen für Verstöße gegen derartige Kontrollen festzulegen und anzuwenden¹¹⁸. Anders als in Resolution 1373 verbleibt den Mitgliedstaaten nach dem Wortlaut zwar ein Auswahlmessen, ob straf- oder zivilrechtliche Sanktionen für Verstöße gegen Ausfuhrkontrollgesetze und -vorschriften angemessen sind, doch sprechen *telos* und Gewicht der zu sanktionierenden Verstöße für einen sehr reduzierten Spielraum.

Gestützt wurden beide Resolutionen auf Kap. VII der UN-Charta, wonach der Sicherheitsrat als hauptverantwortliches Organ der Vereinten Nationen für die Wahrung von Weltfrieden und internationaler Sicherheit bei deren Bedrohung oder Bruch oder Angriffshandlungen Maßnahmen zur Abhilfe zu treffen hat. Voraussetzung für das Einschreiten ist die Feststellung eines der drei zentralen Tatbestände der Friedensbedrohung, des Friedensbruchs oder der Angriffshandlung gem. Art. 39 VN-Charta¹¹⁹. In dieser Hinsicht hat der Sicherheitsrat jede Handlung des internationalen Terrorismus ebenso zu einer Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erklärt wie die Verbreitung nuklearer, chemischer und biologischer Waffen und ihrer Trägersysteme durch nicht-staatliche Akteure eine Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit ist.

Schon ein Jahrzehnt zuvor hatte der Sicherheitsrat gestützt auf Kap. VII Beschlüsse gefasst, denen wahlweise quasi-justizielle bzw. quasi-legislative Wirkung zugeschrieben worden ist¹²⁰. Mit den SR-Resolutionen Nr. 808, 827 (2003) und SR-Resolution Nr. 955 (1994) richtete der Sicherheitsrat ein *ad hoc*-Tribunal

¹¹⁶ SR-Resolution Nr. 1373 (2001) vom 28. 9. 2001, Nr. 1 lit. b.

¹¹⁷ Auf diesen Entwicklungsschritt weist *Aston* (Anm. 115), S. 222, hin.

¹¹⁸ SR-Resolution 1540 (2004) vom 28. 4. 2004, Nr. 3 lit. d.

¹¹⁹ Hierzu *Herdegen*, Festschrift für Bernhardt, 1995, S. 103, 114 ff.; *Bothe*, in: *Graf Vitzthum* (Hrsg.) (Anm. 86), 8. Abschn. Rdn. 42 f.

¹²⁰ *De Wet*, in: *Wolfrum/Röben* (Hrsg.), *Developments of International Law in Treaty Making*, 2005, S. 183, 198 ff.; *dies.*, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, 2004, S. 338, 341 ff.

für das frühere Jugoslawien (ICTY) zur Verfolgung von *serious violations of international humanitarian law committed in the territory of former Yugoslavia since 1991* bzw. ein *ad hoc*-Tribunal (ICTR) zur strafrechtlichen Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie Verletzungen des gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konvention und des II. Genfer Zusatzprotokolls in Ruanda ein. Die Aufarbeitung der staatlich organisierten Massenverbrechen in der Post-Konfliktphase durch die Tätigkeit solcher internationalen Strafgerichtshöfe wurde für notwendig gehalten, um zu einer Wiederherstellung des Friedens und der internationalen Sicherheit beizutragen, die man andernfalls als gefährdet ansah, und eine Präventionswirkung für die künftige Friedenssicherung zu erzielen¹²¹. Nach h. M. wurden bei der Einrichtung der Tribunale aber keine bindenden neuen Rechtsinhalte geschaffen, sondern in Anknüpfung an das Recht von Nürnberg und Tokio lediglich Tatbestände vor den Tribunalen für verfolgbar erklärt, die bereits Anerkennung in verschiedenen Quellen des Völkerrechts, insbesondere dem Völkergewohnheitsrecht, erfahren hatten¹²². Es wurde mithin kein neues Recht kreiert¹²³. Der Sicherheitsrat wendete die nicht-militärischen Instrumente des Art. 41 VN-Charta in diesem Licht betrachtet lediglich an, um bestehende rechtliche Verpflichtungen zu vollstrecken bzw. bestehende strafrechtliche Verantwortlichkeiten durchzusetzen. Im Hinblick auf diese spezifische Funktion eines VN-Friedenssicherungsstrafrechts ließe sich auch das Verweisungsrecht des VN-Sicherheitsrats in Art. 13 lit. b IStGH-Statut¹²⁴ in diesen Rahmen einordnen. Nach dem Rom-Statut kann der Sicherheitsrat gestützt auf Kap. VII zur Wahrung des Weltfriedens anstelle der Einrichtung von *ad hoc*-Tribunalen die Zuständigkeit des ständigen Internationalen Strafgerichtshofs auch auf solche Staaten ausweiten, die das Statut nicht unterzeichnet haben, und zwar auch unabhängig davon, ob die handelnden Sicherheitsratsmitglieder Vertragsparteien sind. Denn es geht hier nur um Taten, die auch unabhängig vom völkervertraglichen Rom-Statut nach Völkerrecht unmittelbar strafbar sind. Der internationale Strafgerichtshof würde dann über diesen prozessualen Mechanis-

¹²¹ Werle, ZStW 109 (1999), S. 808, 823.

¹²² Vgl. Triffterer, in: Hankel/Stuby (Hrsg.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen, 1995, S. 169, 175 ff.; so auch der Generalsekretär der Vereinten Nationen, in seinem Bericht vom 3. 5. 1993, Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), UN Doc. S/25704, Rdn. 34 – *rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law*; zu den einzelnen Delikten vgl. Rdn. 37 ff.; Arnold, Der UNO-Sicherheitsrat und die strafrechtliche Verfolgung von Individuen, 1999, S. 88 ff., 136 ff. Die Resolutionen bekräftigen ihrerseits die gewohnheitsrechtliche Geltung der erfassten Tatbestände, Werle, ZStW 109 (1999), S. 808, 814; im Grundsatz auch Ahlbrecht, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert, 1999, S. 246 ff., 310 ff., mit diversen Ausnahmen, vgl. S. 261, 268 ff., 313, 319 ff.; noch kritischer Koskeniemi, European Journal of International Law 6 (1995), S. 325, 326 – *precariously close to international legislation*.

¹²³ Überdies wird die legislative Natur der SR-Resolutionen auch mit Hinweis darauf verneint, dass sie nicht abstrakt-genereller Natur sind, sondern wegen der konkreten Anbindung an bestimmte territoriale Konflikte enge räumlichen und zeitlichen Grenzen aufweisen, vgl. Talmon, American Journal of International Law 99 (2005), S. 175, 176; Szasz, American Journal of International Law 96 (2002), S. 901 f.

¹²⁴ Fastenrath, JuS 1999, 632, 634.

mus als „Beliehener“ bzw. im Wege der Organleihe für die VN-Gemeinschaft zur Sicherung des Weltfriedens tätig.

Bisweilen wird auch das Einfrieren von Vermögenswerten und die Verhängung von Reiseverboten (sog. *smart sanctions*), die der Sicherheitsrat mit Resolutionen Nr. 1267 (1999), Nr. 1333 (2000) sowie SR-Res. Nr. 1373 (2001) gegen natürliche und juristische Personen, die der Terrorismusfinanzierung verdächtigt werden, angeordnet hat, als Strafe eingestuft, womit auch den besagten Resolutionen ein strafrechtlicher Charakter zuzuschreiben wäre¹²⁵. Eine solche Kategorisierung beruht aber letztlich auf einer Vermischung der Kategorien der Grundrechtsintensität einer Maßnahme mit ihrer rechtlichen Natur. Unter den Begriff der Kriminalstrafe lassen sich *smart sanctions* in ihrer aktuellen Form jedenfalls nicht subsumieren¹²⁶.

2. Funktionalität

a) Dritte Säule der Europäischen Union

Markant ist die Rezeptur, die Instrumenten der dritten Säule ihren eigentümlichen Geschmack verleiht¹²⁷. Getroffen werden zunächst Harmonisierungsmaßnahmen, durch die man sich auf Definitionen bestimmter Verhaltensweisen verständigt, die in den EU-Mitgliedstaaten unter Strafe gestellt werden müssen. Einher geht dies oft mit konkret fixierten Erweiterungen des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs der betroffenen Tatbestände und notwendigen Regelungen im Allgemeinen Teil. Für die genannten Zuwiderhandlungen treffen die Instrumente überdies bestimmte Sanktionsregelungen, die typischerweise einerseits Mindesthöchststrafen und andererseits Anordnungen zur Verhängung von Sanktionen gegen juristische Personen enthielten; und zwar selbst für Kriminalitätsformen, bei denen juristische Personen regelmäßig überhaupt nicht involviert sind. Hiermit hatte es aber zumeist nicht sein Bewenden. Der Tradition des internationalen Kooperationsstrafrechts folgend verband man die materiell-rechtlichen Beschlüsse mit Regelungen zur Ausdehnung oder Modifizierung des eigenen Strafanwendungsrechts und zur effektiven EU-weiten Strafverfolgung. Im Vordergrund stehen dabei primär die Maßnahmen der Rechtshilfe vom Auslieferungsrecht über die „kleine“ Rechtshilfe bis hin zur Einführung gemeinsamer Ermittlungsgruppen. Über Art. 31 lit. e EUV ist die Harmonisierung von Strafvorschriften ausdrücklich in diese justizielle Zusammenarbeit eingebunden, weshalb es nicht wunder nimmt, dass regelmäßig ein

¹²⁵ So z. B. *Macke*, UN-Sicherheitsrat und Strafrecht – Legitimation und Grenzen einer internationalen Strafgesetzgebung, Berlin 2010, S. 109 ff.; *Rackow*, StV 2009, 721 ff.; *van den Herik*, Leiden Journal of International Law 20 (2007), S. 797, 806; *Bianchi*, European Journal of International Law 17 (2006), S. 881, 905 f.

¹²⁶ Ausführlicher *F. Meyer* (Anm. 58); *ders.*, HRRS 2010, 74 ff.

¹²⁷ Vgl. zur Methode der Mindestharmonisierung in der dritten Säule *Hecker* (Anm. 100), § 11 Rdn. 2 ff.; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 8 Rdn. 60 ff.; *Böse*, in: *Schwarze* (Anm. 100), Art. 31 EUV Rdn. 10 ff.

Konnex zu bestimmten Kooperationsinstrumenten und institutionellen Arrangements, wie z. B. beim Verzicht auf die Voraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit beim Europäischen Haftbefehl und anderen Reformvorhaben, die auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung basieren oder beim Versuch der Schließung von territorialen Oasen der Straflosigkeit bestimmter Verhaltensweisen, konstruiert wurde¹²⁸. Ergänzt werden diese strafrechtlichen Instrumente im Einzelfall durch eine Reihe nicht-strafrechtlicher arrondierender EU-Maßnahmen¹²⁹.

b) Vereinte Nationen

In den Vereinten Nationen ist die Verpflichtung zur Schaffung neuer strafrechtlicher Vorschriften in den erstgenannten Fällen in Maßnahmebündel zur effektiven Erreichung des jeweiligen Resolutionsziels und letztlich zur Förderung des Weltfriedens eingewoben. Der Kriminalisierungspflicht stehen im Falle der SR-Resolution Nr. 1373 (2001) Vorgaben zur Bekämpfung und Verhütung der Finanzierung terroristischer Handlungen sowie die allgemeine Aufforderung zu effektiver internationaler Kooperation zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus, insbesondere wirksamer strafrechtlicher Zusammenarbeit, zur Seite¹³⁰. Im Fall der SR-Resolution Nr. 1540 (2004) wurde neben der (fakultativen) Pönalisierung bestimmter Verhaltensweisen beschlossen, dass Mitgliedstaaten die Gewährung jeder Form von Unterstützung für nichtstaatliche Akteure zu unterlassen haben, die versuchen, nukleare, chemische oder biologische Waffen und ihre Trägersysteme zu entwickeln, zu erwerben, herzustellen, zu besitzen, zu transportieren, weiterzugeben oder einzusetzen. Ferner wurden alle Staaten verpflichtet, geeignete wirksame Rechtsvorschriften zu erlassen und anzuwenden, die es jedem nichtstaatlichen Akteur untersagen, nukleare, chemische oder biologische Waffen und ihre Trägersysteme herzustellen, zu erwerben, zu besitzen, zu entwickeln, zu transportieren, weiterzugeben oder einzusetzen, insbesondere für terroristische Zwecke, wobei auch der bloße Versuch oder Beteiligung an solchen Aktivitäten eingeschlossen sind¹³¹. Zur Erreichung dieses Ziels werden auch Buchführungs-, Schutz- und Kontrollpflichten bei Herstellung, Verwendung, Lagerung und Transport solcher Gegenstände begründet, die auch die Einrichtung von wirksamen Grenzkontrollen und Strafverfolgungsmaßnahmen, erforderlichenfalls auch unter internationaler Zusammenarbeit, zur Verhütung und Bekämpfung von unerlaubtem Handel und Vermittlungsgeschäften mit die-

¹²⁸ V. Bubnoff, ZEuS 2001, 167, 169 – Abbau des Hindernisses beiderseitiger Strafbarkeit (als Ausdruck nationaler, territorialer Souveränität) angesichts zunehmender transnationaler Deliktsbegehung; Böse in: Nomos Kommentar, 3. Aufl. 2009, StGB, Vor § 3 Rdn. 2 – Harmonisierung als Alternative zum Verzicht auf das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit.

¹²⁹ Bei der Bekämpfung von Kinderpornographie finden sich diverse gemeinsame Maßnahmen zur Kooperation.

¹³⁰ Z. B. durch die Verpflichtungen zum Einfrieren von Vermögensgegenständen, zur Auferlegung von Reisebeschränkungen, zur Untersagung gegenüber Staatsbürgern, verdächtigen Privatpersonen und Vereinigungen wirtschaftliche Mittel zugänglich zu machen.

¹³¹ SR-Resolution 1540 (2004) vom 28. 4. 2004, Nr. 2.

sen Gegenständen einschließen. SR-Resolutionen Nr. 808, 827 (2003) und SR-Resolution Nr. 955 (1994) weichen von diesem Muster insoweit ab, als mit ihnen die Einrichtung eines spezialzuständigen Gerichts verbunden ist und die Umsetzung nicht primär durch die Mitgliedstaaten erfolgt. Noch elementarer sind aber die Unterschiede bei der Legitimationsbasis dieser Resolutionen.

3. Legitimationsbasis

a) Dritte Säule der Europäischen Union

Da die dritte Säule nicht vergemeinschaftet und auch das Erfordernis der Einstimmigkeit im Rat nicht angetastet wurde, scheinen sich *prima vista* nur geringfügige Abweichungen zur Legitimationsbasis des internationalen Kooperationsstrafrechts zu ergeben. Diese Betrachtung täuscht jedoch, denn anstelle völkerrechtlicher Verträge werden in der dritten Säule auf neuartige, säulenspezifische Handlungsformen gem. Art. 34 Abs. 2 S. 2 lit. a–d EUV, insbesondere den Rahmenbeschluss, zurückgegriffen¹³². Als Weiterentwicklung der rein intergouvernementalen Handlungsformen des Maastrichter Vertrags sind Rahmenbeschlüsse Akte der Rechtsetzung, die auf Unionsebene innerhalb eines einheitlichen institutionellen Rahmens, Art. 3 EUV, durch ein überstaatliches Unionsorgan (Rat) in Form eines Beschlusses getroffen werden und mit denen – ähnlich der Richtlinie im Gemeinschaftsrecht – kein unmittelbar wirkendes Recht gesetzt, die nationale Legislative bei der Umsetzung aber bezüglich des Ziels der Maßnahme ebenso gebunden wurde¹³³ wie die nationale Justiz bei der Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts¹³⁴.

Der Rat konnte damit einstimmig und verbindlich über die vertikale Aktivierung der nationalen Kriminaljustizsysteme befinden und die nationalen Parlamente zu entsprechendem Handeln verpflichten. Dabei darf das Ratshandeln nicht in reines Kollektivhandeln der Mitgliedstaaten umgedeutet werden¹³⁵. Dass der Unionsgesetzgeber sich im Rat aus den Regierungen der Mitgliedstaaten konstituierte und zudem einstimmig zu entscheiden hatte, vermochte nichts daran zu ändern, dass es sich um ein Entscheidungsorgan der Union handelte. Als Organ der Union übt der Rat seine Befugnisse gem. Art. 5 EUV a. F. nach Maßgabe des Primärrechts aus, nicht nach dem intergouvernemental konsensfähigen

¹³² Mit dem Rahmenbeschluss gem. Art. 34 Abs. 2 lit. b EUV wurden Handlungsformen des EGV initiiert und supranationalen Organen zur Verfügung gestellt. Die vertraglichen Regelungen der PJZS lehnten sich deutlich an das supranationale Gemeinschaftsrecht an, vgl. EuGH Rs. C-105/03, Slg. 2005, I-5285, Rdn. 34, 36 (*Pupino*); GA Kokott, Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 11. 11. 2004, Rs. C-105/03 (*Pupino*), Rdn. 32 f.

¹³³ Masing, NJW 2006, 264, 266 – richtlinienähnliche Rechtssetzungsform.

¹³⁴ EuGH C-105/03, Slg. 2005, I-5285 (*Pupino*) – nationale Vorschriften, die gegen Rahmenbeschlüsse verstoßen sind nicht *ipso iure* unwirksam, wohl aber analog zu den Grundsätzen der Auslegung von Richtlinien rahmenbeschlusskonform auszulegen; Subr, in: Calliess/Ruffert, 3. Aufl. 2007, Art. 34 EUV Rdn. 15 ff.; Böse, in: Schwarze (Anm. 100), Art. 34 EUV Rdn. 6; kritisch Hillgruber, JZ 2005, 841, 842.

¹³⁵ So eindeutig und überzeugend GA Mazak, Schlussanträge des Generalanwalts Mazak vom 28. 6. 2007, C-440/05 (Verschmutzung durch Schiffe), Rdn. 61.

Gusto der Mitgliedstaaten¹³⁶. Die Einführung des Raum-Konzepts fügte dieser deutlich gesteigerten Form des Intergouvernementalismus eine materielle Komponente hinzu¹³⁷ und sollte ihm konzeptuell Halt und Orientierung geben¹³⁸.

Durch die integrierten und konzeptualisierten Rechtsetzungsprozesse bildet sich mithin eine eigene Unionsrechtsschicht heraus, die das nationale Recht föderal übergreift und überlagert¹³⁹. Dabei zeichnen sich freilich Organisationsstrukturen ab, die die klassischen Bindungsmechanismen öffentlicher Gewalt an das Gesetz und die parlamentarische Kontrolle herausfordern¹⁴⁰. Die Frage nach der Legitimationsbasis der in diesem Rahmen entstehenden strafrechtlichen Normen ist gerade im Kontrast zum internationalen Kooperationsstrafrecht, das sich auf völkerrechtlichen Konsens und parlamentarische Ratifizierung gründet, neu zu stellen. Im Vergleich mit einem Parlamentsgesetz ist der Rahmenbeschluss ein hierarchischer bzw. vertikaler Steuerungsmodus, über den die unionale Gubernative verbindlich auf die nationale Kriminalhoheit und deren Ausübung einzuwirken vermochte, ohne mit den Parlamenten die maßgeblichen Sachwalter nationaler Kriminalhoheit einzubeziehen. Zwar konnte mit diesen Instrumenten keine unmittelbare Strafbarkeit des einzelnen Unionsbürgers begründet werden, so dass man weiterhin auf einen abschließenden Akt der nationalen Strafgesetzgebung angewiesen blieb. Doch reichte ihr rechtlicher Verpflichtungsgrad gem. Art. 34 Abs. 2 S. 2 lit. b EUV eben doch deutlich über das klassische völkerrechtliche Instrumentarium hinaus¹⁴¹. Ziel und inhaltliche Parameter der strafrechtlichen Normsetzung werden vom Unionsgesetzgeber vorgegeben, so dass zu klären bleibt, wie ein hinreichender Legitimationszusammenhang zur mitgliedstaatlichen Ebene hergestellt werden soll, auf der sich die Legitimationssubjekte der beanspruchten Kriminalhoheit befinden, deren legitime Ausübung wie gesehen ganz entscheidend von der demokratischen Autorität des Legislativorgans abhängt.

Aus der rein faktischen Freiheit zum Verstoß gegen das Unionsrecht (durch Nichtumsetzung) heraus kann mit dem Umsetzungsakt in dieser Hinsicht kein

¹³⁶ Die Union entwickelt das gemeinsame Vorgehen der Mitgliedstaaten, die ihrerseits zur loyalen Zusammenarbeit und Unionstreue verpflichtet sind, Böse, in: *Schwarze* (Anm. 100), Art. 29 EUV Rdn. 6.

¹³⁷ Die „Zusammenarbeit“ in der dritten Säule kann nicht mehr allein als institutioneller Rechtsbegriff verstanden werden, so noch *Di Fabio*, DÖV 1997, 89, 91. Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist auch als ein materieller Rechtsbegriff zu verstehen.

¹³⁸ Das „Raum“-Konzept ist der politische Angelpunkt und Rahmen, in den Beschlüsse zur Rechtsetzung zu integrieren sind. Durch das übergeordnete Ziel eines europäischen Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts werden auch die jeweils zugehörigen Materien der ersten und dritten Säule verklammert, v. *Arnauld*, JA 2008, 327.

¹³⁹ So allgemein *Masing*, NJW 2006, 264, 267.

¹⁴⁰ *Di Fabio*, DÖV 1997, 89.

¹⁴¹ Die *Pupino*-Entscheidung des EuGH C-105/03, Slg. 2005, I-5285, schob eine weiche Vergemeinschaftung an und ließ den qualitativen Unterschied gegenüber dem Kooperationsvölkerrecht über die Begründung eines Kohärenzgebots für die dritte Säule scharf zutage treten, vgl. auch *Gärditz/Gusy*, GA 2006, 228, 235 f.

hinreichender Legitimationszusammenhang konstruiert werden. Wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Gesetz über den Europäischen Haftbefehl argumentiert, dass dem nationalen Parlament ein Letztentscheidungsrecht verbleibt¹⁴², vermag dies nicht zu überzeugen¹⁴³. Es besteht eine unionsrechtliche Pflicht zur Umsetzung, welche die Gestaltungsautonomie der Parlamente entsprechend einschränkt. Der nationale Transformationsakt ist daher nicht Ausdruck eigenen Gestaltungswillens, sondern der Anerkennung der politischen Gestaltungsmacht des Unionsgesetzgebers¹⁴⁴.

Andererseits stand in der dritten Säule kein alternativer Rechtsträger einer von den Staaten gelösten – und von den Mitgliedstaaten daher ohnehin ungewollten – Kriminalhoheit parat, auf den solche Gestaltungsentscheidungen und etwaige korrespondierende Legitimationsstränge hätten zugeschnitten werden können. Die Kooperations- und Interaktionsform des gesteigerten und konzeptionalisierten Intergouvernementalismus war weder Staat noch sonst ein politisches System mit eigener rechtlicher Persönlichkeit und Eignung als Herrschaftsträger und Legitimationssubjekt. Die PJZS war ein mit einem normativen Konzept fundiertes und spezifischen Handlungsinstrumenten ausgestattetes operatives Feld und keine Rechtspersönlichkeit, der das Handeln einzelner Organe als Handlungssubjekt zugerechnet werden konnte. Diese Begründungslücke würde selbst bei gelungener Konzeptualisierung der gegenwärtig noch sehr diffusen Raumidee nicht geschlossen¹⁴⁵. Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts schafft als Unionsziel und Konzept der Zusammenarbeit weder ein Legitimationssubjekt noch -substrat einer neu erwachsenden (dann wohl zwangsläufig überstaatlichen) Strafgewalt. Er legitimiert aus sich heraus auch keine Lockerung der Legitimationsbeziehung zwischen den Legitimationssubjekten der Kriminalhoheit und den ausübenden Organen. Die konzeptuelle Einbindung der Strafrechtsetzung in der dritten Säule als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts bahnte zwar den Weg für eine (schleichende) Transformation der Legitimationsbasis dieses Strafrechts hin zu echtem Supranationalismus, doch steckte diese Strafrechtsart unter Legitimationsgesichtspunkten noch merkwürdig zwischen Baum und Borke. Ihr Legitimationsstatus war und ist außerordentlich prekär.

¹⁴² Die Mitgliedstaaten behielten die politische Gestaltungsmacht, ggf. durch Verweigerung einer Umsetzung, BVerfGE 113, 273, 301.

¹⁴³ Lübbe-Wolff, Sondervotum, BVerfGE 113, 273, 327, 336; Böse, Festschrift für Tiedemann, 2008, S. 1321, 1333; Wolf, KJ 2005, 350, 355.

¹⁴⁴ Böse, Festschrift für Tiedemann, S. 1321, 1333; Wolf, KJ 2005, 350, 355.

¹⁴⁵ Die Anbindung der gegenwärtigen Rechtsetzungsunternehmungen an das konturlose „Raum“-Konzept ist apologetisch-rechtspolitischer Natur und vermag nicht darüber hinwegzutäuschen, dass sie häufig einen eher erratischen Eindruck hinterlassen, Löff, European Law Journal 12 (2006), S. 421 ff. Es gebietet dem „Raum“-Konzept schon an einer klaren *finalité politique*, die eine solche Integration anleiten könnte, Walker, in: Walker (Hrsg.) (Anm. 96), 2004, S. 3, 5 – *no finalité other than continuing adherence to a highly abstract triumvirate of values*; Müller-Graff, EuR 2009, Beiheft 1, S. 105 ff. Die Integrationsfunktion des Freiheitsraums bleibt unklar, da es sich um eine primärrechtlich unbewältigte Neukonzeption handelt, S. 125.

b) Vereinte Nationen

Für das Friedenssicherungsstrafrecht der Vereinten Nationen sieht es in weiten Teilen nicht besser aus. Gestützt wird der Rückgriff auf Maßnahmen, die zu nationalstaatlicher Gesetzgebung verpflichten, auf Kap. VII der VN-Charta zur Eindämmung allgemeiner Gefahrenherde für den Weltfrieden. Die VN-Charta weist dem Sicherheitsrat eine Schlüsselrolle bei der Friedenssicherung zu, Art. 24 VN-Charta, und verpflichtet alle Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen, den Empfehlungen und Maßnahmen des Sicherheitsrats zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit Folge zu leisten, Art. 25 VN-Charta. Die Auswahl der dazu erforderlichen (nichtmilitärischen) Handlungsinstrumente in Art. 41, 42 VN-Charta ist funktional und entwicklungs offen auf den Begriff des Weltfriedens ausgerichtet. Mangels positiver Definition in der VN-Charta ist jedoch gerade der Begriff des Friedens hochgradig ausfüllungsbedürftig¹⁴⁶. Er hat in der Geschichte der Vereinten Nationen einen bemerkenswerten, expandierenden Transformationsprozess durchlaufen¹⁴⁷, der sich aus einem neuen Sicherheitsverständnis speist. Frieden wird nicht mehr allein in einem negativen Sinn als Abwesenheit eines bewaffneten Konflikts verstanden, sondern auch proaktiv und positiv auf friedensförderliche Entwicklungsvoraussetzungen bezogen, wonach strukturellen wirtschaftlichen, sozialen oder ökologischen Ursachen für Konflikte bereits im Vorfeld eines konkreten Friedensbruchs wirksam begegnet werden soll. Dieser Wandel schlägt sich in einer wachsenden Bereitschaft nieder, nicht mehr nur die konkret herausziehende Gefahr zwischenstaatlicher Gewaltanwendung, sondern auch abstrakte gesellschaftliche Phänomene, die Impulse und Nährboden für private und staatliche Gewalt liefern, als Friedensbedrohung einzustufen.

Zur Absicherung seiner Stellung räumt die Charta dem Sicherheitsrat eine diesbezügliche Feststellungskompetenz ein, so dass er ebenso autonom wie völkerrechtskonform befinden kann, ob eine Bedrohung oder ein Bruch des Friedens oder eine Angriffshandlung vorliegen¹⁴⁸ und damit zugleich sein eigenes Handlungsspektrum entsprechend steuert. Durch seine exponierte Stellung und das flexible Instrumentarium des Kap. VII eröffnet sich dem Sicherheitsrat auch die Möglichkeit, auf der Grundlage einer extensiven Interpretation des Friedensbegriffs¹⁴⁹ als eine „Art Notstands- oder Ersatzgesetzgeber der internationalen Gemeinschaft im Bereich der Friedenssicherung“¹⁵⁰, Normdefizite in allen Bereichen zu beheben, die von fundamentalem Interesse für die Staatengemein-

¹⁴⁶ Herdegen, Festschrift für Bernhardt, S. 103, 107.

¹⁴⁷ Emmerich-Fritzsche, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, 2007, S. 949 ff.; Bothe, in: Graf Vitzthum (Hrsg.) (Anm. 86), 8. Abschn. Rdn. 44; Talmon, 99 American Journal of International Law 175 (2005), S. 181.

¹⁴⁸ Herdegen, Festschrift für Bernhardt, S. 103, 107.

¹⁴⁹ Zu dieser spürbaren Tendenz Gareis/Varwick, Die Vereinten Nationen, 4. Aufl. 2006, S. 75 ff.; ferner zum Friedensbegriff Herdegen, Festschrift für Bernhardt, S. 103, 104, 113 ff.

¹⁵⁰ Aston (Anm. 115), S. 222.

schaft sind¹⁵¹. Als Grundlage für dauerhaften Frieden kann auch die Notwendigkeit der Einführung oder Annäherung (mitgliedstaatlicher!) strafrechtlicher Vorschriften bestehen, um bestimmte friedensförderliche Verhaltensnormen effektiv durchzusetzen. Insgesamt schöpft dieses Vorgehen seine Legitimation also aus der Verantwortung des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen für ihre kollektive Sicherheit, die ihm institutionell völkervertraglich seitens der Mitgliedstaaten zugewiesen wurde und materiell an das Konzept des Friedens als normativer Komponente legitimationsergänzend angebunden wurde.

In legitimatorischer Hinsicht bleibt freilich zu hinterfragen, ob diese Konstruktion jedwedes Handeln des Sicherheitsrats gem. Art. 41 VN-Charta rechtfertigt oder zumindest bei quasi-legislativen Akten, zumal solchen der Strafrechtsetzung, ein eigenständiges Bedürfnis der Legitimation bestehen bleibt¹⁵². Soweit ersichtlich, wird dieses Erfordernis vertieft bislang nur unter dem Blickwinkel von Gewaltenteilung und Demokratieprinzip diskutiert. Hierzu stellt Möllers knapp fest, dass die Legitimation des Sicherheitsrats an der Aufgabe der Friedenssicherung hängt. Formal folge sein Recht, als eine Art „Weltgesetzgeber“ zu handeln, aus der Zustimmung aller Staaten zur VN-Charta¹⁵³. Die Dringlichkeit und Wertigkeit der Aufgabe erfordere zur Sicherung ihrer effektiven Wahrnehmung einen passenden Legitimationsmechanismus. Dieser könne nicht dem Prinzip der Gleichheit aller Staaten folgen. In strafrechtlicher Hinsicht bedeutet diese Abkehr vom Konsensprinzip des internationalen Kooperationsstrafrechts aber nicht weniger, als dass die Verankerung der einzelnen Maßnahmen in der Kriminalhoheit der Staaten verloren geht. Sie ist allenfalls für die zustimmenden Mitglieder des Sicherheitsrats gesichert, denn für den Beschluss der bindungsstarken Resolutionen des VN-Sicherheitsrates ist ein Abstimmungsverfahren vorgesehen, dass dem Prinzip qualifizierter Mehrheitsentscheidung zumal einer selektiven, kleinen Gruppe aus dem Kreis der Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen folgt. Während auch für diese Gruppe nur die Gubernative und nicht das nationale Parlament entscheidet, muss für die überwältigende Mehrheit der Mitgliedstaaten nicht einmal irgendein nationalstaatliches Repräsentationsorgan der Resolution zwingend zugestimmt haben.

Hieraus folgt ein intrikates strafrechtstheoretisches Begründungsproblem. Die staatliche Kriminalhoheit wird, soweit es nicht gelingt, eine eigenständige sektorale Kriminalhoheit der VN-Staatengemeinschaft – zur Erfüllung der Auf-

¹⁵¹ Aston (Anm. 115), S. 168.

¹⁵² Dazu Macke (Anm. 125), S. 226, 340 ff., die auch spezifisch strafrechtliche Argumente bemüht, um die besondere Sensibilität dieses neuen Betätigungsfeldes des Sicherheitsrats herauszustreichen. Ein Verstoß gegen den Grundsatz *nullum crimen sine lege parlamentaria* scheidet für sie aber aus, weil für die Sicherheitsratsresolutionen ein ausreichender Umsetzungsspielraum bleibe; ebenfalls ausführlich zur Problematik F. Meyer (Anm. 58).

¹⁵³ Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 2008, Rdn. 136; ähnlich schon zuvor Wolfrum, Festschrift für Delbrück, 2005, S. 865, 875 f. – die Kritik fehlender demokratischer Legitimation verfolge nicht. Die Anerkennung einer Legislativkompetenz sei die einzig sachgerechte Reaktion.

gabe der Friedenssicherung – zu begründen, für die Übersetzung einer Pönalisierungs- oder Harmonisierungspflicht in das nationale Recht gebraucht, doch kann der dann notwendige – autonomiewahrende – Legitimationszusammenhang zwischen dem nationalen Legitimationssubjekt dieses Rechts zu Strafen und dem entscheidenden Organ nicht hergestellt werden, weil im VN-Sicherheitsrat Handlungsformen und Entscheidungsprozesse vorherrschen, die sowohl den nationalstaatlich-gubernativen Willen auf internationaler Ebene als auch die Rolle der nationalen Parlamente bei der Ratifikation und Transformation des Vereinbarten stark relativieren oder gar ignorieren. Es bedarf insofern eines neuen Transmissionsriemens für die wahrgenommene Kriminalhoheit über den beanspruchten Herrschaftsraum.

Ob aber mit der Effektivität der Friedenssicherung als Transmissionsriemen den Vereinten Nationen in Kap. VII VN-Charta auch stillschweigend ein eigenes Recht zu Strafen oder zumindest die Befugnis zu einem nicht konsensbasierten vertikalen Zugriff auf die nationale Kriminalhoheit zugewachsen ist¹⁵⁴, wird im Völkerrecht überhaupt nicht thematisiert und lässt sich auch kaum begründen¹⁵⁵. Der besondere normative Gehalt des Kapitel VII der VN-Charta mag die Handlungsinstrumente zur Bewältigung bestimmter transnationaler Problemlagen zwar konzeptuell aufladen und ihnen eine besondere Wertigkeit verleihen, doch schafft es als Kooperationsform bzw. -konzept zur Friedenssicherung weder ein neues Legitimationssubjekt eines eigenen überstaatlichen Rechts zu Strafen, noch genügen seine Strukturen, um eine hinreichende Rückbindung an die damit weiterhin maßgeblichen Legitimationssubjekte in den Mitgliedstaaten zu erzeugen.

Anders verhält es sich im Fall derjenigen SR-Resolutionen, bei denen der Sicherheitsrat als Vollstreckungsinstanz im Interesse des Weltfriedens die Durchsetzung bereits etablierter Strafvorschriften betreibt, die ihren Ursprung entweder in völkervertraglich und völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Kriminalisierungs- und Strafpflichten finden. Derartige Aktivitäten finden ihre Grundlage in einer Verknüpfung des Friedensbegriffs in Kap. VII der VN-Charta mit einer schon präexistenten externen Straf- oder Kriminalisierungspflicht der Mitgliedstaaten. Ein solches Tätigwerden des Sicherheitsrates im Rahmen des Friedenssicherungssystems ist als exekutiv – nicht legislativ – einzustufen und lässt die Kriminalhoheit der Mitgliedstaaten unberührt, weil er diese lediglich an ihre schon bestehenden völkerrechtlichen Pflichten erinnert. Deren effektive

¹⁵⁴ Die rechtstheoretische Frage der Kriminalhoheit ist von der Frage der Kompetenzzuweisung zu trennen. Ist eine solche zugunsten der Vereinten Nationen nicht begründbar, kann auch keine Kompetenz eingeräumt werden, die andere Handlungsformen gestattet als solche, die ihren Geltungsgrund im Konsens der Staaten haben; zu Recht sehr kritisch *Köhler*, Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), S. 435, 449 – eine Pflicht der Staaten, sich einer universal einheitlichen Rechtsgewalt zu unterwerfen, lasse sich nicht mit der Rechtspflicht zum internationalen Frieden gem. Kap. VII VN-Charta begründen. Die in ihr liegende Souveränitätsbehauptung würde vielmehr die Grundseltständigkeit der Staaten und die Unterschiedlichkeit der Nationen verletzen.

¹⁵⁵ Ablehnend aus strafrechtlicher Sicht *F. Meyer* (Anm. 58).

Durchsetzung im Interesse des Weltfriedens ist dann in Verbindung mit dem Konsens der Staaten, der sich sowohl auf die bereits völkerrechtlich unmittelbar wirksame oder noch zu schaffende Strafnorm als auch die Einrichtung des Durchsetzungsmechanismus in Kap. VII erstreckt, hinreichende Legitimationsquelle. Soweit eine (präexistente) unmittelbare Strafbarkeit nach Völkerrecht aber nicht mehr völkergewohnheitsrechtlich an die Mitgliedstaaten und mithin deren Kriminalhoheit rückgebunden ist, sondern deren Ursprung in einem supranationalen *ius puniendi* der internationalen Gemeinschaft gesehen wird, stellen sich allerdings Begründungsprobleme ein, denen in der nachfolgenden Strafrechtsschicht noch genauer auf den Grund zu gehen sein wird. Für den Moment genügt die Feststellung, dass die Legitimationsbasis des VN-Friedenssicherungsstrafrechts nach einer differenzierten Betrachtung verlangt, die daran auszurichten ist, ob neue Rechtsinhalte geschaffen werden sollen oder an bereits bestehenden Straf- oder Kriminalisierungspflichten angeknüpft wird.

4. Entwicklungshorizont dieser Strafrechtsarten

Ein weiteres Anwachsen dieser Schicht scheint wesentlich erschwert bzw. ausgeschlossen. Die *ad hoc*-Initiativen auf VN-Ebene unterliegen der immanenten Schranke der weltpolitischen Machtbalance im internationalen Staatensystem. (Unterstellten) Versuchen des Sicherheitsrats, sich als Weltgesetzgeber neu zu erfinden, scheint man derzeit sehr kritisch gegenüberzustehen. Lediglich die exekutive Durchsetzung bestehender völkervertraglicher oder gewohnheitsrechtlicher Pflichten im Interesse der Friedenssicherung könnte eine größere Zukunft haben. Wegen der methodischen Schwierigkeiten bei der Bestimmung von Völkergewohnheitsrecht ist aber Vorsicht vor einer übereilten Unterstellung des völkergewohnheitsrechtlichen Charakters einzelner Kriminalisierungs- oder Bestrafungspflichten geboten. Die Linie zwischen der Feststellung von gewohnheitsrechtlichen Kriminalisierungspflichten, der methodisch zulässigen Schaffung von neuem Gewohnheitsrecht durch eigenes Handeln der VN-Organen – durch das (rechts)politische Gewicht der Staaten im Sicherheitsrat ließe sich argumentieren, dass ihr klares Bekenntnis zur Existenz einer Strafpflicht die Schwelle zur gewohnheitsrechtlichen Anerkennung überwindet – und der Schöpfung neuer Rechtsinhalte ist fein. Sie birgt Manipulationsgefahr, die beträchtlich und kaum zu leugnen ist. Eine derartige Form der Strafrechterzeugung stieße auf dieselben Legitimationsprobleme wie das quasi-legislative Handeln des Sicherheitsrats. Man kann ihnen aber wirksam begegnen, indem von verdeckt proaktiver Rechtsetzung abgesehen wird und sich der Sicherheitsrat stattdessen auf die Durchsetzung von zweifelsfrei gewohnheitsrechtlich anerkannten Normen unter enger Anbindung an die Sicherung des Weltfriedens konzentriert¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Allenfalls einige wenige Elemente in den behandelten Sicherheitsratsresolutionen könnten aufgrund gewohnheitsrechtlicher Konsolidierung diese Hürde nehmen; das Gros der Regelungen wird indessen als Produkt proaktiver Normsetzung einzustufen sein, vgl. dazu *Maienhöfer*, „Aut dedere – aut iudicare“, 2006, S. 192 ff., 262 ff., 298.

Das Wachstum der Dritten Säule ist mit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags vollends zum Erliegen kommen. Der Vertrag löst als exogener Faktor die Säulenstruktur auf und bündelt die Kompetenzen zur Setzung von Strafrecht im neuen Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Die Rechtsakte der Dritten Säule genießen jedoch Bestandsschutz und behalten nach dem Kontinuitätsprinzip gem. Art. 9 des Protokolls über die Übergangsbestimmungen (ÜBestProt) so lange Rechtswirkung, bis sie in Anwendung der Verträge aufgehoben, für nichtig erklärt oder geändert werden. Nach Inkrafttreten des Vertrags wird es aber zunächst höchstwahrscheinlich zu einem Einschluss oder einer Transformation dieser Strafrechtsschicht innerhalb der erwartbaren Zunahme supranationaler Strafrechtsetzung kommen, die zugleich den Übergang in die Schicht des supranationalen Strafrechts markiert.

V. Supranationales Strafrecht

Im supranationalen Strafrecht sind die Rechtsetzung und Rechtsgeltung direkt an ein neues, d. h. supranationales, Legitimationssubjekt mit eigener Kriminalhoheit angebunden. Als Ausdruck seiner eigenen, übergeordneten Kriminalhoheit vermag es dieser supranationale Herrschaftsträger, gegenüber den nachgeordneten Rechtssubjekten in seinem Herrschaftsbereich strafrechtliche Normen hervorzubringen und den Nationalstaat mit seiner staatsgebietsbasierten Strafbefugnis zu mediatisieren. Dabei kommt es für die Zuordnung zu dieser Schicht nicht darauf an, ob die supranationalen Strafnormen mit unmittelbarer Wirkung gegenüber dem einzelnen Menschen geschaffen werden, sondern auf welchen Rechtsträger und mithin wessen Kriminalhoheit die Entscheidung über die Schaffung einer Strafnorm zurückgeht. Aus diesem Grund gehören Vorschriften, die mit unmittelbarer Wirkung zwar erst von den Nationalstaaten verabschiedet werden, aber auf die gezielte Verpflichtung durch einen überstaatlichen Hoheitsträger zurückgehen, ebenfalls in die Schicht des supranationalen Strafrechts. Das maßgebliche Abgrenzungskriterium zwischen intergouvernementalem und supranationalem Strafrecht liegt nicht in der unmittelbaren Wirkung der neu geschaffenen Normen, sondern in der Identität von Rechtsträger und Legitimationssubjekt.

Nicht zuletzt wegen ihres scharfen Kontrasts zur traditionellen Begründung von Kriminalhoheit ist diese Schicht noch relativ dünn. Doch lassen sich trotz größerer Unklarheiten über ihre Entstehungsbedingungen gleichwohl zwei sehr heterogene Bestandteile dieser Schicht ausmachen, die sich über die von nationaler Kriminalhoheit dominierten Schichten schieben: Europäisches Strafrecht und Völkerstrafrecht.

1. Suprastaatliche Strafrechtsformationen

a) Europäisches Strafrecht

Als potentieller Träger suprastaatlicher Kriminalhoheit wurde vor dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags vor allem der Fall der EG hitzig diskutiert¹⁵⁷. Die Möglichkeit eines genuin suprastaatlichen „Europäischen Strafrechts“, verstanden als unmittelbar wirksame Strafnormen der EG, lehnte die ganz h. M. noch vehementer ab¹⁵⁸ als die Zulässigkeit einer „Anweisung“ mitgliedstaatlicher Strafgesetzgebung durch EG-Richtlinien¹⁵⁹. Zumindest Letzteres hat der EuGH, begrüßt von Teilen des Schrifttums¹⁶⁰, der EG zugestanden¹⁶¹, ohne sich zur Möglichkeit der Setzung unmittelbar wirkender Strafnormen per Verordnung zu verhalten. Bereits die Richtlinien waren jedoch – entgegen der gängigen Differenzierung zwischen der Setzung von unmittelbar wirkenden Strafnormen und der Anweisung zum Erlass von Strafnormen¹⁶² – wegen der Vergemeinschaftung des Rechtsetzungsprozesses, also der Entscheidung im Mitentscheidungsverfahren auf der Grundlage qualifizierter Mehrheiten, und des maßgeblichen supranationalen Zurechnungssubjekts der Entscheidung, nämlich der EG, als suprastaatlich zu qualifizieren. Dies gilt unabhängig davon, ob man als Instrument zur Verordnung oder Richtlinie greift. Obgleich die EG sich in den konkreten Fällen schon aus Gründen der politischen Klugheit mit einer Verpflichtung der Mitgliedstaaten durch Richtlinien zufrieden gab, geht mit der Nutzung des Mehrheitsprinzips in Rat und Parlament bei der Entscheidung über die Annahme des Instruments im Vergleich zum intergouvernementalen Strafrecht in jedem Fall eine Auswechslung von Legitimationsmodell und -subjekt einher.

Für deutlich weniger Aufregung haben in der EU einige seltene Sonderkonstellationen gesorgt, die als supranationale Gesamttatbestände verstanden werden, weil insbesondere primäres Gemeinschaftsrecht im Wege der Verweisung auf mitgliedstaatliche Strafgesetze Bezug nimmt¹⁶³. Stimmen in der Wissenschaft

¹⁵⁷ Vgl. *Hecker* (Anm. 71), § 4 Rdn. 67 ff., § 8 Rdn. 2 ff.; *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 Rdn. 4 ff., 30 ff.

¹⁵⁸ *Ambos* (Anm. 157), § 11 Rdn. 4 f.; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 8 Rdn. 18 ff.; *Delmas-Marty*, 4 *European Law Journal* (1998), S. 87; *Weigend*, ZStW 105 (1993), S. 774, 775; eine Kompetenz zur Strafrechtsetzung zum Schutz der EG-Finanzinteressen bejahten dagegen *Zieschang*, ZStW 113 (2001), S. 255, 260 f.; *Tiedemann*, Festschrift für Roxin, S. 1401, 1406.

¹⁵⁹ *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002, S. 104 ff.; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 393 ff.; differenzierend *Ambos* (Anm. 157), § 11 Rdn. 30; *Hecker* (Anm. 100), § 8 Rdn. 40, 42, 45 ff.

¹⁶⁰ *Böse*, GA 2006, 211, 212 ff.; *Eisele*, JZ 2008, 251, 252; *Fromm*, ZIS 2007, 26, 28.

¹⁶¹ EuGH Rs. C-176/03, Slg. 2005, I-7879; EuGH Rs. C-440/05, Slg. 2007, I-9097; dazu *Dawes/Lynskey*, *Common Market Law Review* 45 (2008), S. 131 ff.

¹⁶² Stellvertretend *Satzger* (Anm. 159), S. 400 ff.; *Schröder* (Anm. 159), S. 184 ff.; *Hecker* (Anm. 71), § 4 Rdn. 67, 82.

¹⁶³ Vgl. *Johannes*, EuR 1968, 63, 71; *Böse* (Anm. 89), S. 108; *Ambos* (Anm. 157), § 11 Rdn. 13a ff.; namentlich handelt es sich um Art. 30 EuGH-Satzung – Eidespflichtverletzung eines Zeugen oder Sachverständigen, Art. 194 Abs. 1 UAbs. 2 EAGV – Verletzung von Geheimhaltungspflichten. Gegen die Bewertung als (*self-executing*) supranationaler Gesamttatbestand *Satzger*

wollen zudem auch das (eindeutig supranationale) sog. Verwaltungsstrafrecht der EU, vor allem im Wettbewerbsrecht, normativ dem Kriminalstrafrecht einverleiben¹⁶⁴, das dann ebenfalls in diese Kategorie fiele.

Mit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags hat diese Formation eine deutliche Verfestigung erfahren, denn die bislang äußerlich noch zwischenstaatlich eingekleidete PJZS wird nunmehr in Art. 83 AEUV mit dem EG-Strafrecht, wenn auch in unterschiedlichen Absätzen, zusammengeführt. Abs. 1 ermächtigt künftig zur Festlegung von Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen bei besonders schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension, während Abs. 2 die schon erwähnte strafrechtliche Annexkompetenz positiv-rechtlich konsolidiert. Dass dabei primärrechtlich unter Wegfall der intergouvernementalen Handlungstypen in Art. 83 AEUV auf unmittelbar wirksame Handlungsformen verzichtet wird und eine Selbstbeschränkung auf das Instrument der Richtlinie erfolgt, lässt die supranationale Zuordnung unberührt. Lediglich Art. 325 AEUV lässt nach wohl überwiegender Auffassung als Kompetenznorm zur Betrugsbekämpfung den Griff zur Verordnung zum Schutz der finanziellen Interessen der Union zu¹⁶⁵. Kompetenzübergreifend gilt jedoch, dass über strafrechtliche Vorhaben künftig durchgängig im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren entschieden wird und die Beschlüsse, die es hervorbringt, nunmehr umfassend der EU als neuem Hoheitsträger mit eigener Rechtspersönlichkeit zuzuordnen sind¹⁶⁶.

b) Völkerstrafrecht

Zur Schicht des suprastaatlichen Strafrechts ist neben dem Europäischen Strafrecht vor allem das Völkerstrafrecht als Gesamtheit der völkerrechtlichen Strafnormen zu rechnen¹⁶⁷. Diese Normen, die Exzessfälle mit Wirkung für die gesamte internationale Gemeinschaft zum Gegenstand haben, unterscheiden sich vom internationalen Kooperationsstrafrecht und den Strafvorschriften des gesteigerten, konzeptionalisierten Intergouvernementalismus formell durch ihre unmittelbare Wirkung gegenüber Individuen und materiell durch ihr Legitimationssubjekt der „internationalen Gemeinschaft“. In dieser Schicht geht es nicht

(Anm. 158), § 8 Rdn. 12 ff. – keine unmittelbare Anwendbarkeit der Norm, sondern Verpflichtung der Mitgliedstaaten, nationales Recht entsprechend auszugestalten. Sekundärrechtliche Verweisungen wurden demgegenüber wegen der damit verbundenen Kompetenzproblematik schon lange nicht mehr praktiziert, *Dannecker/Freitag*, ZStW 116 (2004), S. 797, 808.

¹⁶⁴ So *Klip*, European Criminal Law. An Integrative Approach, 2009, S. 2; *Schulz*, in: *Rengeling* (Hrsg.), Europäisierung des Rechts, S. 183, 190; vgl. dagegen *Hecker* (Anm. 71), § 4 Rdn. 64 ff.

¹⁶⁵ *Ambos* (Anm. 157), § 11 Rdn. 12; *C. Calliess*, ZEuS 2008, 3, 37; *Hecker* (Anm. 71), § 4 Rdn. 81; *Satzger* (Anm. 158), § 8 Rdn. 25.

¹⁶⁶ *Müller-Graff*, EuR 2009, Beiheft 1, S. 105, 114. Mit der flächendeckenden Einführung des Mehrheitsprinzips in Rat und Parlament über das ordentliche Gesetzgebungsverfahren geht eine Auswechslung von Legitimationsmodell und -subjekt einher. Die Beschlüsse der Ratsmitglieder und Europaparlamentarier werden durch Einbindung in eine Gesamtwillensbildung auf ein übergreifendes Legitimationssubjekt bezogen.

¹⁶⁷ *Ambos* (Anm. 157), § 5 Rdn. 1, spricht daher von Völkerstrafrecht als einzig echtem internationalem Strafrecht im Sinne eines supranationalen Strafrechts.

mehr um die nationalstaatlichen Strafansprüche der Mitgliedstaaten, die es durch internationale Kooperation und Koordination zu effektuieren gilt¹⁶⁸. Die Androhung öffentlicher Strafe erfolgt vielmehr als Ausdruck der gemeinsamen Interessen einer überstaatlichen Gemeinschaft und ihres supranationalen Strafanspruchs¹⁶⁹. Die Evolution dieser Strafrechtsgesteinsart innerhalb der supranationalen Schicht ist ohne Präzedenz und auch rechtstheoretisch außergewöhnlich, da sie weder durch eine demokratisch gewählte Regierung der Völkergemeinschaft als Legitimationssubjekt, ein spezielles Gesetzgebungsorgan explizit autorisierter internationaler Organisationen noch *in toto* durch eine internationale Staatenversammlung begründet wurde¹⁷⁰. Das Völkerstrafrecht entspringt vielmehr einer Kombination der völkerrechtlichen Rechtsquellen, wie sie exemplarisch in Art. 38 IGH-Statut niedergelegt sind¹⁷¹.

2. Zusammensetzung der Schicht – Erfasste Kriminalitätsphänomene

a) Europäisches Strafrecht

Zu den erfassten Materien gehört zunächst der Umweltschutz. Die EG-Richtlinien zum Schutz der Umwelt durch das Strafrecht¹⁷² sowie über die Meeresverschmutzung durch Schiffe und die Einführung von Sanktionen¹⁷³ konnten nach der Grundlagenentscheidung des EuGH noch unter dem ehemaligen EGV verabschiedet werden. Hinzu kam das Arbeitsstrafrecht mit der Richtlinie über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen¹⁷⁴. Weitere Richtlinienvorschläge, insbesondere über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums¹⁷⁵, konnten zu Zeiten des EGV nicht mehr verwirklicht werden, sollen aber 2011 wieder aufgegriffen werden. Unter der

¹⁶⁸ Bei solchen Straftaten sei weder die nationalstaatliche Souveränität noch Kriminalhoheit betroffen. Die menschenrechtsorientierte Betrachtung eröffnet die Loslösung vom Souveränitätsdogma, Werle, ZStW 109 (1999), S. 808, 820; Hoyer, GA 2004, 321, 325 ff.

¹⁶⁹ Ambos (Anm. 157), § 3 Rdn. 93, § 4 Rdn. 1 f.; Werle, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rdn. 78, 171, 173 – als Strafrecht genuin supranationaler Natur überwindet es kraft eigener Strafbefugnis der Völkergemeinschaft die souveräne Kriminalhoheit der Nationalstaaten.

¹⁷⁰ Haveman, in: Haveman/Kavran/Nicholls (Hrsg.), Supranational Criminal Law: A System Sui Generis, 2003, S. 1, 3 f. Anders als Haveman meint, ist es aber auch nicht das Produkt von Sicherheitsratsresolutionen; dazu unten S. 39 ff.

¹⁷¹ Stuckenberg, GA 2007, 80, 82 ff.; Ambos (Anm. 157), § 5 Rdn. 4; Werle (Anm. 168), Rdn. 122 ff.

¹⁷² Vgl. Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 11. 2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, ABl. Nr. L 328, 6. 12. 2008, S. 28. Der Sanktionsteil des ursprünglichen Kommissionsvorschlags wurde gestrichen; Art und Maß der Strafe werden im Einklang mit der neueren EuGH-Rechtsprechung nicht geregelt.

¹⁷³ Richtlinie 2009/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21. 10. 2009 zur Änderung der Richtlinie 2005/35/EG v. 7. 9. 2005 über die Meeresverschmutzung durch Schiffe und die Einführung von Sanktionen für Verstöße, ABl. L 280, 27. 10. 2009, S. 52.

¹⁷⁴ Richtlinie über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen, ABl. 2009 Nr. L 168, S. 24.

¹⁷⁵ Richtlinienvorschlag über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, KOM (2006) 168 endg.; dazu M. Hassemer, Festschrift für Hassemer, 2010, S. 1141 ff.

Regentschaft des Lissabonner Vertrags dominieren aber bislang ehemalige Rahmenbeschlussvorhaben aus der dritten Säule, die nunmehr als Richtlinie verwirklicht werden sollen. Sie greifen die sexuelle Ausbeutung von Kindern, Kinderpornographie, den Menschenhandel sowie zuletzt Angriffe auf Informationssysteme auf¹⁷⁶. Hinzu kommen die „Altfälle“ der Eidespflichtverletzungen von Zeugen oder Sachverständigen vor dem EuGH oder die Verletzung von Geheimhaltungspflichten nach dem EAGV. Je nachdem, ob man auch Kartellbußen zum Strafrecht zählt, werden auch die Fusionskontrolle und Absprachen im Wettbewerb erfasst.

b) Völkerstrafrecht

Das Völkerstrafrecht umfasst alle Strafnormen, die eine unmittelbare strafrechtliche Verantwortung von Individuen nach Völkerrecht für schwerste Verstöße gegen fundamentale Grundsätze des Völkerrechts begründen¹⁷⁷, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren¹⁷⁸. Zu diesem Kreis von Tatbeständen gehören die *core crimes* des Völkerrechts, namentlich Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen, Aggression¹⁷⁹. *Bassiouni* rechnet zu den *international jus cogens crimes* auch Sklaverei, Folter und (aus historischen Gründen) Piraterie¹⁸⁰. Doch lässt sich für diese Verbrechen zwar eine völkergewohnheitsrechtlich abgesicherte Kriminalisierungspflicht der Staaten – für die Piraterie ist auch dies fraglich – begründen, nicht hingegen eine unmittelbare Strafbarkeit nach Völkerrecht im Interesse der internationalen Gemeinschaft. Soweit bisweilen auch der internationale Terrorismus dem Völkerstrafrecht zugerechnet werden soll¹⁸¹, fehlt es den dahinter stehenden Begehungsformen regelmäßig schon an einer völkergewohnheitsrechtlichen Anerkennung¹⁸².

3. Funktionalität

a) Europäisches Strafrecht

Die Schichtzuordnung steht für diese Unterart suprastaatlichen Strafrechts in einem besonders engen Zusammenhang mit ihrer Funktionalität. Die suprastaatli-

¹⁷⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornographie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates, KOM (2010) 94; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhütung und Bekämpfung von Menschenhandel und zum Opferschutz sowie zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates, KOM (2010) 95; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Angriffe auf Informationssysteme und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2005/222/JI des Rates, KOM (2010) 517 endg.; dazu jeweils *Brodowski*, ZIS 2010, 376, 381 f.; 749, 752 f.

¹⁷⁷ *Jescheck*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952, S. 9 ff.; *Triffterer* (Anm. 3), S. 25 ff.; *Werle* (Anm. 168), Rdn. 71, 100.

¹⁷⁸ Präambel Abs. 4 und 9 sowie Art. 5 IStGHSt.

¹⁷⁹ *Cassese*, International Criminal Law, 2. Aufl. 2008, S. 81 ff., 98 ff., 127 ff., 152 ff.; *Ambos* (Anm. 157), § 7 Rdn. 123 ff., 167 ff., 220 ff.

¹⁸⁰ *Bassiouni*, in: International Criminal Law: Quo Vadis?, 2004, S. 79, 106.

¹⁸¹ Vgl. unten S. 45 mit Anm. 224.

¹⁸² *Maierhöfer* (Anm. 156), S. 298 – nur für Flugzeugentführer.

che Ergreifung der genannten strafrechtlichen Maßnahmen rechtfertigte sich über ihre Unerlässlichkeit zur effektiven Durchsetzung des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts¹⁸³. Das supranationale Strafrecht der EG zeichnete sich deshalb vorrangig durch seine Sektorbezogenheit¹⁸⁴ und Zweckbestimmung zur Effektuierung von harmonisierten Gemeinschaftspolitiken aus. Hierzu legten sie strafbare Verhaltensweisen und die notwendige Reichweite der Teilnehmerstrafbarkeit fest, regelten Anforderungen an die subjektive Tatseite oder die Jurisdiktionsgewalt und verlangten zudem, juristische Personen zur Verantwortung zu ziehen.

Mit der Verwirklichung von Vorhaben der ehemaligen dritten Säule werden die Instrumente künftig noch direkter auf die Verbesserung der strafrechtlichen Zusammenarbeit und der Bekämpfung der organisierten Kriminalität generell abzielen. Die neuen Vorhaben dienen dabei vor allem der Anpassung älterer Regelungen (in Rahmenbeschlüssen) an neu auftretende Begehungsformen und die gewachsenen Möglichkeiten der Nutzung moderner Technologien zur Tatbegehung. Zusätzlich zu den oben genannten Bestandteilen werden sie auf der Sanktionsseite auch die aus der PJZS altbekannten Mindesthöchstmaße enthalten. Bei besonders sensiblen Materien scheint neben Präventionsmaßnahmen auch der Opferschutz eine wichtigere Stellung einzunehmen. Angesprochen werden auch einige innovative Sanktionsmittel.

b) Völkerstrafrecht

Der Pfad des Völkerstrafrechts ist einzigartig. Nach dem Zweiten Weltkrieg war ein vehementes Anwachsen institutionalisierter Staatenkooperation zu verzeichnen, die sich zunächst vor allem der Friedenssicherung verschrieben hatte. Die völkerrechtlichen Beziehungen zwischen den Staaten wurden verstärkt durch multilaterale Abkommen geregelt, die zugleich den Beginn einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts markierten und zum ersten Mal ernsthaft gemeinsame Werte einer internationalen Gemeinschaft formulierten¹⁸⁵. Das Strafrecht folgte diesem gewandelten Verständnis – freilich mit Verzögerungen und Brüchen –, indem es Tatbestände ausbildete¹⁸⁶, die eine weltweite Ahndung der schwersten Verstöße gegen Fundamentalnormen des Völkerrechts ermöglichten, deren Ver-

¹⁸³ So begründete der EuGH die implizite strafrechtliche Befugnis des Gemeinschaftsgesetzgebers damit, dass wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Kriminalsanktionen unerlässlich waren, um die Ziele wirksam zu erreichen, zu deren Realisierung die Spezialermächtigung im EGV geschaffen worden war, EuGH Slg. 2005, I-7879, Rdn. 47; Slg. 2007, I-9097, Rdn. 66.

¹⁸⁴ Mitteilung der Kommission, KOM (2005) 583 endg., S. 3; *Satzger* (Anm. 158), § 9 Rdn. 38 ff.

¹⁸⁵ Im Zuge der Konstitutionalisierung des internationalen Rechts haben sich auch die Aufgaben des Völkerrechts gravierend verlagert, *Uerpman*, JZ 2001, 565 ff.; *Fassbender*, EuGRZ 2003, 1 ff.; *Beutz*, Harvard Journal of International Law 44 (2003), S. 387 ff.

¹⁸⁶ *Ahlbrecht* (Anm. 122), S. 46 ff., 59 ff.; *Ambos* (Anm. 157), § 6 Rdn. 93; *Engelbart*, Jura 2004, 734 ff.; jüngst zur weiteren Fortentwicklung als Reaktion auf transnationale Gewaltanwendung *Dritter*, *Kreß* (Anm. 80), S. 323, 334 ff., der die Entwicklung des Völkerstrafrechts als „Generationenfolge“ nachzeichnet, die über eine organische Entwicklung vom Nürnberger Völkerstrafrecht zum Haager Völkerstrafrecht hin zu einem neuen Konflikttypus des transnationalen nicht-zwischenstaatlichen (bewaffneten) Konflikts verläuft.

letzung die internationale Gemeinschaft als Ganzes berührte, weil diese Rechtsverletzungen elementare Mindestbedingungen einer jeden Daseinsordnung von Freiheit negieren und die einzelne Person durch einen Angriff auf die institutionellen Grundbedingungen ihrer Existenz trafen¹⁸⁷. Sie sollten nicht ungeahndet bleiben dürfen. Emblematischen Ausdruck fand dieses Vorgehen gegen die Impunität in der universalen Etablierung der wichtigsten Tatbestände des Völkerstrafrechts sowie ihrer Konsolidierung in der Spruchpraxis der VN-*ad hoc*-Tribunale und im Inkrafttreten des Rom-Statuts.

Funktionaler Ausfluss dieser Werteorientierung sind auch die Begründung universaler Jurisdiktion zur weltweiten Verfolgung extraterritorialer Taten unabhängig von Tatort und Staatsangehörigkeit von Täter und Opfer¹⁸⁸, die kategorische Versagung von Immunität¹⁸⁹ und des Schuldausschlusses bei Handeln auf Befehl¹⁹⁰ sowie die Durchbrechung des *nullum crimen*-Grundsatzes (vgl. Art. 15 Abs. 2 IPbPR, Art. 7 Abs. 2 EMRK) aus Gründen materieller Gerechtigkeit bei zweifelsfreier Strafbarkeit der Tat nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die von den zivilisierten Völkern anerkannt sind¹⁹¹. Um der weltweiten Strafflosigkeit schwerer Verletzungen universell anerkannter Rechtsgüter Einhalt zu gebieten¹⁹², sind die Staaten dieser Welt unabhängig von der positiv-rechtlichen Fixierung einzelner Tatbestände aufgerufen, als Treuhänder für die gesamte Staatengemeinschaft, deren originäre Strafgewalt auszuüben¹⁹³. Man kann das Völkerstrafrecht vor diesem Entwicklungshintergrund auch mit *Burchard* als Ausdruck von *global governance* deuten, das als Instrument zur Effektuierung des Schutzes supranationaler Rechtsgüter dient¹⁹⁴.

4. Legitimationsbasis

a) Europäisches Strafrecht

Die Zuordnung von EU-Rechtssetzungsaktivitäten zu dieser Schicht hat gravierende Auswirkungen auf die Legitimation dieser Maßnahmen; dies jedoch weni-

¹⁸⁷ Pawlik, ZIS 2006, 274, 290 Fn. 142.

¹⁸⁸ Ambos (Anm. 157), § 3 Rdn. 93; Eser, in: *Schönke/Schröder*, 28. Aufl. 2010, Vorbem. §§ 3–7 Rdn. 10, grundlegend Gärditz, Weltrechtspflege, 2006, S. 153 ff.

¹⁸⁹ Ambos (Anm. 157), § 7 Rdn. 94; Werle (Anm. 168), Rdn. 446, 450.

¹⁹⁰ Ambos (Anm. 157), § 7 Rdn. 109; Werle (Anm. 168), Rdn. 369; ICTY, Prosecutor v. Blaskic, App. Judgement v. 29. 10. 1997 (IT-95-14-AR108bis), Rdn. 41.

¹⁹¹ Ambos (Anm. 157), § 5 Rdn. 6; Neubacher, Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit. Politische Ideen- und Dogmengeschichte, kriminalwissenschaftliche Legitimation, strafrechtliche Perspektiven, 2005, S. 435 ff.; Triffterer, Gedächtnisschrift für Zipf, 1999, S. 493, 502 f.

¹⁹² Ambos (Anm. 157), § 5 Rdn. 2.

¹⁹³ Merkel, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. III, 1998, S. 237, 252; Eser, Festschrift für Meyer-Goßner, 2001, S. 3, 22 ff.; Weigend, Festschrift für Eser, 2005, S. 955, 965.

¹⁹⁴ Burchard, Die Friedenswarte 83 (2008), S. 73, 75 ff. Burchard überspringt mit seinem erhellenden deskriptiv-analytischen Ansatz allerdings die Grundfrage der Kriminalisierung und ihrer Legitimation und wendet sich sogleich der gegenwärtig freilich brennenden Frage der komplementären Strafverfolgung und Kooperation zu.

ger aus kompetenzrechtlichen denn aus rechtsprinzipiellen Gründen. Jenseits der Kompetenzfrage, welche die Diskussion seit Jahrzehnten dominiert, ist die Frage nach der Legitimationsbasis des suprastaatlichen EU-Strafrechts und der Herkunft ihrer Kriminalhoheit zu stellen. Die Unerlässlichkeit des Einsatzes von Strafrecht beantwortet die Legitimitätsfrage als reiner Funktionalismus ebenso wenig wie der Rekurs auf den nationalstaatlichen Umsetzungsakt. Fällt die Entscheidung über „Ob“ und – zum großen Teil auch – „Wie“ von Strafrecht auf supranationaler Ebene in einem supranationalen Rechtsetzungsprozess, kann der insoweit determinierte nationale parlamentarische Transformationsakt evident nicht mehr die Legitimationsbasis dieser Vorschriften bilden¹⁹⁵. Ohnehin steckt in der Konzentration auf die scheinbar legitimationsstiftende Verbindung zur nationalen Kriminalhoheit ein kategorialer Fehler¹⁹⁶, denn infolge des supranationalisierten Entscheidungsprozesses sind die Nationalstaaten gar nicht mehr Zuordnungsobjekte und Rechtsträger der geschaffenen Normen. Für die Frage der Legitimation von EU-Strafrecht kommt es daher darauf an, ob auf der maßgeblichen EU-Ebene eine suprastaatliche Kriminalhoheit begründet werden kann, über deren Ausübung dann EU-Organe im Mitentscheidungsverfahren befinden. Unter welchen Voraussetzungen sich jedoch eine (ergänzende) Kriminalhoheit auf supranationaler Ebene verankern und ein supranationales Legitimationssubjekt für ein solches Strafrecht konstruieren lässt, wird derzeit noch wenig diskutiert, doch ist es m. E., wie an anderer Stelle ausführlicher dargelegt wird¹⁹⁷, grundsätzlich möglich, eine supranationale Kriminalhoheit jenseits des Staates bei hinreichender Verankerung im Selbstbestimmungsrecht der Unionsbürger zu begründen.

b) Völkerstrafrecht

Grundlage des Völkerstrafrechts ist der Strafanspruch der internationalen Gemeinschaft¹⁹⁸. Als *civitas maxima*¹⁹⁹ bildet diese Gemeinschaft die Legitimationsbasis der suprastaatlichen Kriminalhoheit über schwerwiegendste Verstöße gegen Zentralnormen des Völkerrechts. Allein ihre Gerechtigkeitsinteressen ver-

¹⁹⁵ F. Meyer, Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht, 2009, S. 115 f.

¹⁹⁶ Dies würde spätestens dann offenbar, wenn es zum Einsatz der Handlungsform der Verordnung käme, weil der nationale Umsetzungsakt hier entfielen.

¹⁹⁷ Dazu demnächst auch F. Meyer (Anm. 58).

¹⁹⁸ Vgl. nur ICTY, Beschluss der Appeals Chamber vom 2. 10. 1995 (Tadic), Rdn. 59: „*the crimes which the International Tribunal has been called upon to try affect the whole of mankind and shock the conscience of all nations of the world. There can therefore be no objection to an international tribunal properly constituted trying these crimes on behalf of the international community*“. Die Betrachtung des gesellschaftlichen Ganzen ist im Völkerrecht bereits seit längerem mit dem Konzept der internationalen Gemeinschaft verbunden. Sie ist der Inbegriff der Gesamtheit der Staaten und der weiteren völkerrechtlichen Subjekte, welche die Beteiligten der internationalen Ordnung sind. Die internationale Gemeinschaft ist als Größe zu verstehen, die nicht mehr nur die Interessen der Staaten als originäre Völkerrechtssubjekte, sondern die gemeinsamen Interessen der internationalen Gemeinschaft, die eben nicht nur die Staaten als originäre Völkerrechtssubjekte umfasst, Simma/Paulus, EJIL 1998, 266 ff.

¹⁹⁹ Jescheck (Anm. 176), S. 11.

mögen es, in Abwesenheit eines formal autorisierten Gemeinschaftsgesetzgebers den Panzer nationalstaatlicher Souveränität zu durchstoßen. Klar zutage treten mit dieser Einsicht freilich auch die strafrechtstheoretischen Schwierigkeiten einer Begründung der Entstehung unmittelbar geltender völkerrechtlicher Strafnormen jenseits des Nationalstaats und dessen Kriminalhoheit. Wer eine supranationale – und eben nicht international koordinierte nationale – Strafgewalt für sich in Anspruch nimmt, muss erklären können, warum bestimmte Verletzungshandlungen die Weltgemeinschaft als Ganzes angehen und diese daher ein „Strafrecht“ gegenüber dem Einzelnen hat. Dieses Grundlagenproblem lässt sich ohne weiteres weder durch die gewohnheitsrechtliche Anerkennung einer Kriminalisierungspflicht noch den Hinweis auf die Verletzungswirkung *erga omnes* einzelner Straftatbestände lösen. Aus einer völkergewohnheitsrechtlichen Pflicht zur Kriminalisierung bestimmter Verhaltensweisen, die sich an die Staatenwelt richtet, folgt noch nicht ihre unmittelbare Strafbarkeit nach Völkerrecht für Individuen²⁰⁰. Auch eine Norm, die übereinstimmend von Nationalstaaten nach dem jeweils geltenden innerstaatlichen Verfahren aus transnationalem oder kosmopolitischem Interesse geschützt wird, muss sich an dieser Schwelle zunächst in eine solche der Weltgemeinschaft transformieren, die nicht mehr auf nationalstaatliche Umsetzung angewiesen ist²⁰¹.

Die Anzahl rechtstheoretischer Begründungsversuche des Völkerstrafrechts ist allerdings überschaubar²⁰². Wie sich der Strafanspruch der weder verfassten

²⁰⁰ Krefß (Anm. 80), S. 323, 386 f. Was weit verbreitete und akzeptierte Praxis der Staaten gegenüber ihren Bürgern ist, begründet eine Pflicht anderer Staaten Gleiches zu tun. Das übereinstimmende Verhalten der Staaten schmiedet die Bürger aber nicht jenseits des Staates zu einer Gemeinschaft zusammen, die unabhängig vom Medium des Staates universale Verhaltens- oder Sanktionsansprüche gegenüber bestimmten Individuen hat. Selbst die These einer Legitimation der unmittelbar geltenden Kerntatbestände als Völkergewohnheitsrecht erscheint rechtsquellentheoretisch nicht völlig frei von Zweifeln zu sein, vgl. Köhler, Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), S. 435, 441.

²⁰¹ Krefß bringt diese Weichenstellung plastisch auf den Punkt, indem er betont, dass mit dem Schritt in das Völkerstrafrecht eine andere „Tonart angeschlagen“ wird (Anm. 80), S. 323, 332 f.

²⁰² Die Strafrechtstheorie habe nicht mit der Entwicklung Schritt halten können, so Pawlik, ZIS 2006, 49. Soweit die Legitimationsfrage überhaupt aufgeworfen wird, sprängen die Ausführungen sogleich auf die Strafzwecke über. Diesem Versäumnis versuchen Köhler und Gierhake Herr zu werden. Köhler sieht den materiellen Kern des kategorisch universalen oder Völkerrechtsverbrechens in der schuldhaft tätigen Negation der Verfassungs- und zugleich Völkerrechtsfähigkeit eines intern rechtsverfassten selbstständigen Verbandes bzw. Staates als Fundamentalbedingung der intern rechtsverfassten Selbstständigkeit eines Verbandes bzw. Staates als Fundamentalbedingung der souveränen Selbstbestimmung, die dem internationalen Rechtsverhältnis, mithin der Möglichkeit des Rechtsfriedens zwischen verfassten Teilverbänden, Völker und Staaten, konstitutiv zugrunde liegt, Köhler, Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), S. 435 ff. Gierhake sieht das völkerstrafrechtliche Unrecht in solchen Freiheitsverletzungen, die durch ihre äußerliche Existenz die universelle Geltung derjenigen Rechtsprinzipien (partiell) negieren, die die Bedingungen der Möglichkeit des Rechtsfriedens auf der Welt überhaupt darstellen, Gierhake, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005; dies., ZIS 2008, 354 ff. Erst hierdurch entstehe ein Bezug zur internationalen Gemeinschaft als Ganzes. Zur Bestimmung dieser Prinzipien knüpft sie an den

noch institutionalisierten internationalen Gemeinschaft begründet, oder wer diese „*international community*“ überhaupt sein soll²⁰³, wird oft – vermutlich bestärkt durch die faktisch zementierte Existenz eines supranationalen Völkerstrafrechts – mit einer gewissen Nonchalance behandelt. Dieses Versäumnis ist trotz der Etabliertheit der *core crimes* und ihrer Fixierung im Rom-Statut keinesfalls lässlich²⁰⁴.

Bassiouni begründet die Überleitung des Strafanspruchs auf die internationale Gemeinschaft – oder wohl genauer: die Emergenz eines solchen Anspruchs innerhalb einer internationalen Gemeinschaft – mit den Lehren vom Gesellschaftsvertrag. So kenne das internationale System wie die nationalen Systeme das Element des impliziten Sozialvertrags, aufgrund dessen die Opfer einer Tat ihr einseitiges Vergeltungs- und Ausgleichsrecht im Rahmen einer organisierten, zusammengewachsenen Gesellschaft zumindest zu großen Teilen an die Gesellschaft abgeben²⁰⁵. Dieses Phänomen sei nicht allein in Nationalstaaten anzutreffen, sondern zeige sich auch dort, wo das Bestrafungsrecht auf ein kooperatives internationales Kriminaljustizsystem übergeht, das sich auf die Idee der Komplementarität stützt, um Gerechtigkeit und Frieden zu sichern. Die internationale Gemeinschaft ziehe dabei das Recht des Einzelnen zu strafen und Vergeltung zu üben an sich²⁰⁶. Die Lehren vom Gesellschaftsvertrag zielen indessen darauf ab, ein Konzept zur Legitimation eingerichteter staatlicher Strukturen zu liefern. Ungeachtet der Vorbehalte, denen diese Lehren ohnehin ausgesetzt sind²⁰⁷, fehlt es auf internationaler Ebene jedoch gerade an einem hinreichend verfassten politischen System bzw. hinreichender Gesellschaftsbildung, in dem sich die Bürger der Welt als internationale Gemeinschaft jenseits des Nationalstaats zusammenfinden. Die Organisationsbedürftigkeit der (demokratischen) Willensbildung der Rechtssubjekte in politischen Gemeinwesen und die Ausübung der Herrschaft durch legitimierte Repräsentanten bleiben deshalb für die internationale Gemeinschaft eine noch zu überwindende Hürde auf ihrem Weg zur Verankerung des Rechts zu Strafen in der Autonomie der Normadressaten und mithin zur Anerkennung als Legitimationssubjekt.

In der Sache scheint *Bassiounis* Ansatz zur Begründung eines überstaatlichen Strafanspruchs ohnehin eher sozioempirischer als rechtsphilosophischer Natur zu sein. In diesen Sinne formulieren auch *Ambos/Steiner*, dass sich die Völkergemeinschaft dort befindet, wo sich die Nationalstaaten in ihrer Entstehungsphase befanden, nämlich bei der Herausbildung und Konsolidierung eines völkerstrafrechtlichen Gewaltmonopols, auf dessen Grundlage sich ein *ius puniendi* begründen lässt²⁰⁸. Auch dies darf mit Blick auf den Zustand der Internationalen Beziehungen mit Fug bezweifelt werden. Zudem mag der Ansatz in Ermangelung formeller Bestimmungsverfahren nicht zu präzisieren, welche Verstöße gegen völkerrechtliche Normen diese Gemeinschaft als solche derart erschüttern, dass sich ihre Kriminalhoheit in einer Weise aktiviert, die eine unmittelbare Strafbarkeit eines Individuums begründet. Hierzu bedarf es zusätzlicher Bestimmungsfaktoren.

kantianischen Entwurf einer weltweiten Rechtsfriedensordnung in „Zum Ewigen Frieden“ an, im Einzelnen *Gierhake*, ZIS 2008, 354, 357 f.; sowie *dies.*, ZStW 120 (2008), S. 375, 393.

²⁰³ Grundlegend *Tomuschat*, AVR 33 (1995), S. 1 ff.; *Simma/Paulus*, European Journal of International Law 9 (1998), S. 266 ff.; *Paulus*, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, 2001, S. 225 ff.

²⁰⁴ Das Rom-Statut kodifiziert mit den Kernverbrechen nur einen Mindeststandard, *Ambos/Steiner*, JuS 2001, 9 ff. Es soll nur als konkretisierende Form eines universal allgemein gültigen Strafrechts verstanden werden, setzt damit aber eine vorpositive Grundlage voraus, *Köhler*, Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), S. 435, 443.

²⁰⁵ *Bassiouni* (Anm. 180), S. 79, 83.

²⁰⁶ *Bassiouni* (Anm. 180), S. 79, 96.

²⁰⁷ Dazu *Rüthers*, Rechtstheorie, 5. Aufl. 2010, Rdn. 487.

²⁰⁸ *Ambos/Steiner*, JuS 2001, S. 9, 10; kritisch *Gless*, ZStR 125 (2007), S. 24, 37 – eine internationale Straf Gewalt kann anders als eine nationale Instanz nicht auf ein eigenes internationales Gewaltmonopol zurückgreifen.

Prominente Vertreter der Völkerstrafrechtswissenschaft bauen als Lackmus-Test auf das Vorliegen eines *international element*, das für die besondere Natur des Völkerrechtsverbrechens bürgen soll²⁰⁹. In den Fokus wird dadurch die Suche nach einem materiellen Begriff der Völkerstraftat gerückt. Schon aus ihrer Natur folge die Befugnis zu Strafen, denn *crimes of concern to the international community as a whole* hätten gemeinsam, dass es sich um Straftaten handelt, die die höchsten Werte und Interessen der internationalen Gemeinschaft berühren, nicht bloß die Interessen einzelner Staaten oder Gruppen von Staaten. Sie fußten in rechtsprinzipiellen, nicht kriminalpolitischen Erwägungen²¹⁰. Konturen und strafrechtstheoretischer Gehalt des *international element* blieben in der Fachdiskussion jedoch unscharf²¹¹. Definitionsversuche gehen in der Sache oft nicht über abstrakte quasi-naturrechtliche Bezugnahmen hinaus und verströmen eher einen Odor von Intuition und rechtspolitischer Intention. So spricht *Cassese* ganz offen vom Erfordernis eines Evidenzerlebnisses²¹². Als strafrechtstheoretisches Begründungskonzept erscheint das sog. *international element* mithin weniger ertragreich als wohl gängigerweise angenommen wird, denn es fehlt an klaren rechtstheoretischen Leitlinien für die Bestimmung, welches international oder transnational schädigende Verhalten unmittelbar durch das Völkerrecht unter Strafe gestellt ist²¹³. Aus materiellem Schutzinteresse fundierter universaler Rechtspositionen entspringt jedenfalls nicht ohne weiteres eine unmittelbare

²⁰⁹ Werle (Anm. 168), Rdn. 80 ff., 102 f.; Yarnold, 8 Temple International & Comparative Law Journal 85 (1994), S. 107, 147; Bassiouni (Anm. 180), S. 79, 96. Auch für Triffler hängt die Zuordnung vom geschützten Interesse ab. Völkerstrafrecht erfasse Verbrechen, die *peace and security of mankind* gefährden (Anm. 3), S. 369, 371.

²¹⁰ Yarnold, 8 Temple International & Comparative Law Journal 85 (1994), S. 107 ff., S. 147, differenziert nach Fallgruppen, die primär rechtspolitisch (*policy*) orientiert sind und solchen, denen rechtsprinzipielle Erwägungen (*principle*) zu Grunde liegen. *Policy considerations* sind *transnational element* oder *international necessity*. Sie seien ein Produkt der erzwungenen Zusammenarbeit der Staaten, weil Agieren im gegenseitigen Interesse liegt, und höben sich von Verbrechen mit einem *international element* ab. Jene wurzeln im Naturrecht und verteidigen Werte, die von der gesamten internationalen Gemeinschaft geteilt werden. Für weitere Bestimmungsversuche, die sich am Rom-Statut, der VN-Charta, der Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter oder der Kriminalitätsstruktur orientieren, siehe Ambos (Anm. 157), § 5 Rdn. 3; Lagodny, ZStW 113 (2001), S. 803; Gil Gil, ZStW 112 (2000), S. 382; Werle (Anm. 168), Rdn. 76 ff.; Neubacher (Anm. 191), S. 240 ff., 479.

²¹¹ Vgl. Gierhake, ZStW 120 (2008), S. 375, 388. Mit dem Kriterium des Menschheitsinteresses bzw. des besonderen Wertes für die Gemeinschaft werde der qualitative Bezug zur Weltgemeinschaft nur umschrieben, aber nicht inhaltlich bestimmt, wie eine Rechtsverletzung beschaffen sein muss, die eine unmittelbare Strafbarkeit auf der Grundlage der Strafgewalt der Völkergemeinschaft als Ganzes auslöst.

²¹² Cassese, European Journal of International Law 10 (1999), S. 23, 26. Dem hält Köhler entgegen, dass vermeintliche Evidenzen und Intuitionen gefühlter Rechtsverletzungen nicht genügen können, Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), S. 435, 456. Der formale Hinweis auf die Strafbarkeit, die sich unmittelbar aus universell geltendem Völkerrecht ergebe, schaffe kein sachhaltiges Kriterium, S. 443. Der Verweis des Rom-Statuts und vieler Wissenschaftler auf die Maßgeblichkeit einer universalen Betroffenheit lasse ebenfalls keine rechtsprinzipielle Kohärenz erkennen.

²¹³ So auch Kelker, GreifRecht 2008, 21, 27 ff. – die internationale rechtliche Betroffenheit bei völkerrechtlichen Delikten näher zu fassen, bilde die Schwachstelle bei der Frage nach der Legitimation des Völkerstrafrechts.

formale Strafbarkeit²¹⁴, sondern eine offene Flanke für Rechtspolitik und internationale humanitäre Anliegen, die zur Realisierung solcher Werte gezielt an appellative Instanzen wie die *international community* adressiert werden²¹⁵.

c) Zwischenfazit

Die Unterschiede zwischen den Bestandteilen der suprastaatlichen Schicht sind mithin gerade auf Legitimationsebene frappant. Während die EU auf einen primärrechtlich verfassten Rechtsetzungsprozess verweisen kann, sich bei der Benennung eines Legitimationssubjekts und der Rückbindung dieses Prozesses an dessen einzelne Glieder im Rahmen eines tragfähigen Repräsentationskonzepts aber schwer tut, gebricht es dem Völkerstrafrecht zwar an einem institutionalisierten internationalen Gesetzgeber, offensichtlich aber nicht an einer internationalen Gemeinschaft i. S. einer *civitas maxima*²¹⁶, die als Legitimationssubjekt und Orientierungspunkt der Normgenese fungiert. Während im Europäischen Strafrecht jedoch intensiv um dessen Legitimationsgrundlage gerungen wird, mutet es gerade im Vergleich erstaunlich an, dass eine vergleichbare Paralleldiskussion im Völkerstrafrecht nicht geführt wird. Dies mag daran liegen, dass das Europäische Strafrecht vor dem Hintergrund der Differenzierung, die im nationalen Bereich erarbeitet wurde, eher ein regulatives Interventionsstrafrecht ist, während das Völkerstrafrecht dem essentiellen Kernstrafrecht ähnelt²¹⁷. Dieser materielle Unterschied könnte zudem erklären, warum die Schwerpunkte in der Legitimationsdiskussion unterschiedlich gesetzt werden. Als Interventionsstrafrecht sind für das Europäische Strafrecht die Quelle der Rechtsetzung und damit die demokratische Legitimation von herausragender Bedeutung. Das Völkerstrafrecht konzentriert sich demgegenüber stärker auf die Suche nach dem materiellen Begriff des Völkerrechtsverbrechens, der eine Zuordnung zu den unmittelbar wirksamen Strafrechtsnormen des Völkerrechts gestatten soll.

5. Entwicklungshorizont

Das vitale Interesse, sich auch das Strafrecht als ultimatives Mittel zur wirksamen Politikverwirklichung zu erschließen, herrschte gerade in der EU-Kommission schon lange vor²¹⁸. Dieser Schritt liegt aus supranationaler Sicht in der Logik der

²¹⁴ Auch die gewohnheitsrechtliche Geltung eines humanitären Mindeststandards rechtfertigt nicht die direkte Ableitung einer unmittelbaren Strafbarkeit von Zuwiderhandlungen, so auch Werle, ZStW 109 (1999), S. 808, 819; ferner Meron, American Journal of International Law 89 (1995), S. 554, 559 ff.

²¹⁵ Zahlreiche völkerrechtliche Dokumente appellieren zusehends an die internationale Gemeinschaft in politischen Situationen von großer Dringlichkeit, Scheyli, AVR 40 (2002), S. 273, 273; zur Schöpfung neuer appellativer Instanzen wie einer „international community“ als Unterstützung einer Instrumentalisierung von Recht zur Realisierung universaler Werte vgl. Hanschmann, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl. 2009, S. 375, 384, 387.

²¹⁶ Jescheck (Anm. 176), S. 11.

²¹⁷ Vgl. Werle, ZStW 109 (1999), S. 808, 821 – die Legitimation des Völkerstrafrechts beziehe sich aus der elementaren Gerechtigkeit eines menschenrechtsschützenden Kernstrafrechts.

²¹⁸ Vgl. Flore, in: ders. (Hrsg.), Actualités de droit penal européen, 2003, S. 5 ff.

Entwicklung der Europäischen Union, die sich an wirtschaftlicher und politischer Integration ausrichtet und nicht an intergouvernementalen Partikularinteressen der Mitgliedstaaten²¹⁹. In der Entscheidung „Griechischer Mais“ hatte der EuGH die Normativität dieser endogenen Wirkkraft schon vor geraumer Zeit erheblich gestärkt. Die Nutzung der Annexkompetenz erfolgt aber bis dato nur punktuell, und die Mitgliedstaaten zeigen im Rat wenig Elan, in größerem Umfang von Art. 83 Abs. 2 AEUV Gebrauch zu machen. Stattdessen werden die Vorhaben der dritten Säule unter neuen Vorzeichen fortgeführt, ohne die mit der Umstellung aufgeworfene Legitimationsfrage zu thematisieren.

Probleme bereitet die Entwicklungsprognose aber vor allem, weil im nunmehr durchgängig supranationalen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts künftig diverse endogene und exogene Wirkmächte unter dem Dach des neuen Art. 83 AEUV aufeinandertreffen werden und zu versöhnen sind. Während sich für das EG-Strafrecht eine relativ klare programmatische Grundlage im Interesse an effektiver Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts eröffnet, wird die bisherige Beliebigkeit und inhaltliche Indifferenz europäischer kriminalpolitischer Konzepte in der PJZS wegen der Abkopplung des „Raums“ vom Binnenmarktkonzept in noch stärkerem Maße diskretionärer politischer Inhaltsfüllung zugänglich sein²²⁰. Dabei ist insbesondere ein starker exogener Einfluss mitgliedstaatlicher Interessen zu erwarten, denen die Supranationalisierung gerade Einhalt gebieten wollte. Der Begriff des „Raums“ liefert hierbei nicht mehr als eine bequeme sprachliche Formel, über die sich engere und vielfältige Formen der Zusammenarbeit rechtfertigen lassen, ohne sich auf konkrete, geschweige den supranationale Gestaltungsziele festlegen zu müssen²²¹. Ebenso liegt daher im Dunkeln, wie sich das Wirksamkeitsdogma des EG-Strafrechts durch die im AEUV erfolgte Einbindung in das Raum-Konzept verändern muss und inwiefern die Kompetenz des Art. 83 Abs. 2 AEUV zur Verwirklichung des Raums beitragen soll. Der EU-Kriminalpolitik ist bislang jedenfalls keine Anbindung der Strafrechtssetzung an den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts als überwölbendes Gestaltungsziel gelungen. Als Konzept ist es normativ noch saft- und kraftlos und vermag mangels Substantiierung keine eigenen endogenen Entwicklungsimpulse freizusetzen. Es verfügt aber über beträchtliches Entwicklungspotential, um nach einer hinreichenden theoretischen Exploration nachhaltige Lenkungskraft zu entfalten²²².

Im Völkerstrafrecht wird die tatbestandliche Konsolidierung und Fortbildung der *core crimes* im Vordergrund stehen. Einen bemerkenswerten Beitrag dazu hat die Überprüfungskonferenz des Rom-Staats im Sommer 2010 in Kampala mit der

²¹⁹ *Flore* (Anm. 218), S. 11.

²²⁰ *Müller-Graff*, EuR 2009, Beiheft 1, S. 105, 111.

²²¹ *Monar*, in: v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.) (Anm. 15), S. 749, 755 f., 785 f.

²²² Für einige Substantiierungsversuche mit diesem Ziel *Müller-Graff*, EuR 2009, Beiheft 1, S. 105, 125 f.; *Kotzur*, EuR 2009, Beiheft 3, S. 7, 20 ff.; *Mörtl*, EuR 2009, Beiheft 3, S. 33, 36 ff.; *F. Meyer*, EuR 2011, 169 ff.

Annahme einer Definition des Aggressionsstraftatbestandes im IStGH-Statut (und der eigentlich umkämpften Jurisdiktionsregelung) geleistet²²³. Seine weitere Entwicklung wird auch davon abhängen, ob und wie die offene strafrechtstheoretische Flanke geschlossen werden kann, damit eine präzise Abgrenzung gegenüber internationalem Kooperationsstrafrecht und völkergewohnheitsrechtlichen Pönalisierungspflichten erfolgen kann, um eine genauere Zuordnung einzelner Normen oder Reformvorhaben zur jeweils einschlägigen Strafrechtsschicht und ihrem spezifischem Legitimationskonzept vornehmen zu können. Auf diese Weise ließen sich nicht nur aktuell diskutierte Grenzfälle, wie z. B. die Zugehörigkeit des internationalen Terrorismus²²⁴ oder schwerster Schädigungen der Umwelt zum Völkerstrafrecht, bewältigen, sondern auch die Ausdehnung von Tatbeständen im Wege expansiver Interpretation in der Rechtsprechung internationaler Gerichtshöfe kanalisieren und zudem fundierter argumentieren, vor welche Art von Strafgericht international reglementierte Straftaten wie z. B. die Piraterie gehören.

C. Fazit

Die Untersuchung hat für den Augenblick vier Strafrechtsschichten freigelegt, die in weitere Formationen zerfallen. Die älteste Schicht ist das staatliche Ordnungsstrafrecht, das auf der nationalstaatlichen Kriminalhoheit aufruht und sich aus einem gesellschaftlich überlieferten Kernstrafrecht und einem Interventions- und Normerziehungsstrafrecht zusammensetzt, das sowohl kulturell-endogen als auch gesellschaftspolitisch exogen beeinflusst sein kann. Anlassbedingte äußere ökonomische, ökologische, technologische und soziale Wirkmächte speisen auch die zweite große Schicht des internationalen Kooperationsstrafrechts, in der Nationalstaaten ihre nationalen „Strafansprüche“ im gemeinsamen Interesse koordinieren. Zu einer vertikalen Aktivierung der nationalen Kriminalhoheit als Teil eines übergeordneten normativen Programms durch besondere internationale Entscheidungsgremien kommt es in der Schicht des gesteigerten, konzeptualisierten Intergouvernementalismus, deren Strafnormen allerdings noch keinen supranationalen Charakter haben. Das suprastaatliche Strafrecht der EU und des Völ-

²²³ Schmalenbach, JZ 2010, 745 ff.; Ambos, ZIS 2010, 649 ff.

²²⁴ Cassese folgt den völkergewohnheitsrechtlichen und deshalb für ihn völkerstrafrechtlichen Charakter aus der Vertragspraxis im transnationalen Strafrecht, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), S. 933 ff.; ders., in: Bianchi (Hrsg.), Enforcing International Law Norms Against Terrorism, 2004, S. 213, 219 f., 223 – *international crime proper if it transcends national border and state-promotion or state-tolerance*; dagegen Werle (Anm. 168), Rdn. 73 – trotz erheblicher Dimension der Taten ist Terrorismus als solcher kein Völkerrechtsverbrechen; Weigend, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), S. 912 ff.; Kreß (Anm. 80), S. 323, 407, 408 f. – Hochstufung zu Völkerstrafrecht sei nicht zwingend; es gebe Alternativen zu einem Spezialtatbestand des transnationalen Terrorismus; Ambos (Anm. 157), § 7 Rdn. 259 – die Aufnahme in das IStGH-Statut sei weder empfehlenswert noch realistisch; schon jetzt ließen sich bestimmte terroristische Akte unter klassische Kernverbrechen subsumieren.

kerstrafrechts ist dagegen als vierte große Schicht Ausdruck einer supranationalen Kriminalhoheit, deren Metamorphose einerseits mit der primärrechtlichen Konstituierung bestimmter Entscheidungsprozesse und Entscheidungsträger zur Verwirklichung supranationaler Politikziele einhergeht und andererseits vor allem durch die exogene Notwendigkeit der Gewährleistung zivilisatorischer Mindeststandards in der internationalen Gemeinschaft bestimmt wird. Die Stratifizierung und Analyse dieser Schichten nach Zusammensetzung, Funktionalität und Legitimationsbasis ist allerdings als Momentaufnahme zu verstehen, die angesichts der herrschenden Entwicklungsdynamiken stetem Wandel unterworfen ist. Ihr Zweck liegt nicht in der Zementierung letzter Wahrheiten, sondern in der Stimulation der wissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskussion über die Formen des Strafrechts diesseits und jenseits nationalstaatlicher Grenzen. Die abschließende Ergründung der Legitimierbarkeit der einzelnen Strafrechtsschichten konnte deshalb nicht Thema dieses Beitrags sein. Aufgezeigt werden sollte allein, dass eine Geologie des Strafrechts größere Differenziertheit bei der Suche nach Strukturen und Legitimationsgrundlagen des Strafrechts gerade auch in seinen internationalen Bezügen verspricht.